

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA

CLAUSE COMPROMISSOIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Samedi 28 Mai 1910, à 3 heures

PAR

René DUPRÉ

Président : M. TISSIER, professeur.
Suffragants } *MM. BARTIN, professeur.*
 } *MAY, professeur.*

TULLE
IMPRIMERIE P. CRAUFFON
1, rue Général Delmas, 1

1910

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA
CLAUSE COMPROMISSOIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

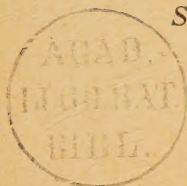
Présentée et soutenue le Samedi 28 Mai 1910, à 3 heures

PAR

René DUPRÉ

Président : M. TISSIER, professeur.

Suffragants } *MM. BARTIN, professeur.*
MAY, professeur.



TULLE

IMPRIMERIE P. CRAUFFON

1, Rue Général Delmas, 1

—
1910

A MA MÈRE

A MON PÈRE

A LA MÉMOIRE DE MON FRÈRE

La Clause Compromissoire

INTRODUCTION

I

Le mode ordinaire de solution des conflits d'intérêts qui se produisent entre les personnes est le recours à l'autorité judiciaire. En général c'est le meilleur moyen de terminer les procès.

Il est cependant possible que ce procédé, malgré les garanties qu'il offre, présente certains désavantages. Aussi arrive-t-il assez souvent que les parties entre lesquelles une difficulté a surgi emploient d'autres méthodes. Parfois elles pensent qu'elles peuvent se passer de juges. Elles résolvent elles-mêmes leur différend ; elles se font pour ainsi dire leurs propres juges en même temps qu'elles se

consentent des sacrifices réciproques. C'est la voie très sage de la transaction.

Parfois les parties n'ont pas la force ou la possibilité de transiger. Mais la crainte des lenteurs de la voie judiciaire, de la publicité des audiences, des discussions regrettables à la barre, la terreur justifiée des frais, leur conseilleront de s'adresser à des juges autres que ceux des juridictions ordinaires. L'arbitrage ou compromis substituera une décision plus équitable, plus humaine aux solutions rigoureusement juridiques que pourraient apporter les tribunaux. Peut-être aussi des juges amiables, choisis par les parties, seront-ils plus aptes, par leurs connaissances techniques ou leurs dispositions d'esprit spéciales à trancher la contestation. Peut-être enfin les parties verront-elles dans la voie de l'arbitrage un moyen de tracer au juge de leur affaire certaines règles et de limiter son autorité.

Sans doute la voie de l'arbitrage ne sera supérieure à la voie judiciaire que dans des situations exceptionnelles. Car il faut supposer, pour que l'avantage du compromis apparaisse clairement, un concours de circonstances spéciales. Mais il n'est pas niable que ce concours se produit parfois. En ce cas le rôle de l'autorité publique sera de sanctionner efficacement la convention relative à l'arbitrage. La mission essentielle de l'autorité est de maintenir l'ordre : et l'exécution des contrats est une base fondamentale de l'ordre social.

Il n'apparaît en aucune manière que l'ordre soit, du moins en général, contrarié par ce fait qu'un litige entre particuliers soit terminé par la voie de l'arbitrage.

II

Le titre unique du livre troisième du *Code de procédure civile* (articles 1003 à 1028) réglemente le compromis et l'arbitrage. Toute personne, capable de s'obliger et ayant la libre disposition du droit litigieux, peut compromettre. En outre, certaines contestations, présentant pour la société ou pour les parties elles-mêmes un intérêt supérieur, ne peuvent être tranchées par la voie de l'arbitrage. L'article 1004 du Code de procédure dispose en effet qu'on ne peut compromettre « sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements, sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. » Le législateur a estimé que la solution de questions-aussi graves devait être entourée de toutes les garanties possibles. Aussi est-elle exclusivement confiée à l'autorité judiciaire.

La loi n'a pas dit quelles personnes peuvent être désignées comme arbitres ; mais la doctrine, suppléant à son silence, considère en général que l'arbitre, étant un simple particulier, doit être considéré comme un mandataire, et qu'en conséquence toute personne capable d'être mandataire peut aussi être arbitre (1). Ainsi les femmes, les

(1) Paris, 11 mai 1889. — Dalloz, 1890 2-28. — Cass. 15 mai 1838. — D. 1838-1.228. — Riom, 4 mai 1861. — D. 1861, 2 129. — Chambéry, 15 mars 1876. S. 1876 2-85.

mineurs, les étrangers, bien qu'ils n'aient pas la jouissance des droits politiques ou même civils, peuvent être arbitres, dans cette opinion, parce que rien ne s'oppose à ce qu'ils soient mandataires. D'autres auteurs partant de la même conception excluent néanmoins les mineurs et les femmes mariées à cause de leur incapacité et même les femmes capables. D'autres enfin écartent les mineurs et les étrangers, mais admettent les femmes majeures non mariées.

Nous estimons que toutes ces distinctions sont purement arbitraires. « Sans doute le contrat qui intervient entre les parties se rapproche par certains côtés du mandat, mais surtout et encore plus du contrat qui intervient entre un client et son avocat. Ils n'ont, ni l'un ni l'autre, la qualité de représentant de celui qui les emploie, et l'arbitre juge, comme l'avocat plaide, en son nom personnel » (Glasson, *Précis théorique et pratique de procédure civile*. 2^e édition revue par M. Tissier, tome 2, p. 917).

Aussi est-il préférable de considérer l'arbitre comme une sorte de fonctionnaire public. « L'arbitre n'étant pas un fonctionnaire public permanent, n'a pas à sa disposition la formule exécutoire, et les décisions qu'il rend doivent être revêtues de la formule d'exequatur par le président du tribunal. Mais il n'est pas permis de conclure de là qu'il ne remplit pas une sorte de fonction publique. C'est qu'en effet peu de fonctionnaires ont à leur disposition la formule exécutoire et tous, cependant, dressent des actes qui ont force probante jusqu'à inscription de faux. Telle est précisément aussi la situation de l'arbitre : il ne peut pas revêtir ses décisions de la formule exécutoire, mais elles font cependant foi jusqu'à inscription de faux. La sentence est donc bien un acte authentique indépen-

damment de toute intervention du président du tribunal. Ajoutons qu'il peut, comme tout juge, ordonner des mesures d'instruction, et qu'elles seront exécutoires avec la permission du président du tribunal. Il résulte de tout cela que l'arbitre remplit une sorte de fonction publique. » (1)

III

Le compromis implique parmi ses éléments essentiels, la désignation de l'arbitre. Or, pour qu'il y ait lieu de désigner un arbitre, il faut qu'une contestation se produise. Mais on peut imaginer, et il arrive dans la pratique — que, en l'absence de toute contestation actuelle, deux personnes conviennent de s'en rapporter à un arbitre en cas de litige. Ce n'est pas là un compromis — c'est une stipulation que l'on appelle couramment clause compromissoire ; elle ne tend pas à régler un litige actuel, mais un litige simplement éventuel. Les deux parties, concluant un contrat quelconque, s'engagent à ne soumettre qu'à des arbitres les contestations qui pourraient naître à l'occasion de ce contrat. Cette clause sera-t-elle valable ? Les parties sont-elles obligées, si un différend s'élève entre elles, de nommer des arbitres et de se soumettre à leur

(1) Loc. cit.

décision ? Le tribunal saisi d'une action introduite en violation de cette clause devra-t-il accueillir une exception d'incompétence qui lui serait proposée ?

Admettre la validité de la clause compromissoire c'est manifestement étendre le domaine de l'arbitrage. Or, il n'y a aucun inconvénient à cette extension, pourvu que l'on demeure dans les bornes de l'ordre public. On peut même dire que la généralisation de la clause compromissoire serait un phénomène social très heureux, puisqu'il serait l'indice du développement des sentiments d'entente et de sympathie entre les hommes.

Mais notre législation positive permet-elle de déclarer cette clause valable ? Dans une hypothèse l'affirmative est certaine. L'article 332 du Code de commerce autorise expressément l'insertion de notre clause dans un contrat d'assurances maritimes, mais aucun autre texte ne vise la même stipulation. Dès lors la question se pose de savoir si la solution de l'article 332 du Code de commerce constitue l'application d'une règle incontestée, ou au contraire une dérogation à une prohibition générale.

C'est à l'étude de la clause compromissoire que nous allons nous attacher. Le problème tient principalement dans la question de la validité de cette clause. Mais si nous parvenons à l'établir, il restera encore à déterminer les conditions de cette validité et les effets de la clause dont il s'agit.

Notre étude se conformera au plan suivant :

Dans un premier chapitre, nous définirons la clause compromissoire.

Dans le chapitre deuxième, consacré à l'historique, nous rechercherons si cette clause est une nouveauté, ou au contraire, une chose connue de tout temps ; nous nous

attacherons surtout à déterminer l'attitude de la jurisprudence moderne en cette matière.

Nous établirons ensuite (dans les chapitres 4 et 5) la validité de la clause compromissoire, ses conditions de validité (chapitre 6), nous déterminerons ses modes de preuve (chapitre 7), ses effets (chapitre 8) et ses causes d'extinction (chapitre 9) (1).

(1) Ces questions nous paraissent devoir être étudiées au sujet de la clause compromissoire, et ces questions seules. En effet, nous nous en tenons uniquement à ce qui concerne la promesse de compromettre en elle-même, abstraction faite de toutes les énonciations qu'elle peut renfermer : renonciation à l'appel, à toute voie de recours ; stipulation que les arbitres décideront comme amiables compositeurs, c'est-à-dire sans être tenus d'observer les formes de la procédure, ni même les règles du droit. Ces questions, fort intéressantes d'ailleurs, se rapportent au compromis et nous sortirions du cadre de cette étude en les abordant.

La clause compromissoire peut manifestement contenir tout ce que contiendra le compromis lui-même, moins les deux choses que l'article 1006 c. p. c. exige dans le compromis à peine de nullité, et dont l'absence la caractérise et la différencie : c'est-à-dire l'objet du litige et les noms des arbitres. La contestation survenant les parties contractantes compléteront l'œuvre commencée en ajoutant à cette clause de leur contrat, dans un écrit probatoire, ce qui lui manquait pour être un compromis. Mais indépendamment de sa structure et de sa plus ou moins grande complexité, la clause compromissoire ne doit être envisagée que comme promesse, comme engagement de compromettre. En dehors de là on tombe dans le domaine de l'arbitrage.

CHAPITRE PREMIER

Définition de la clause compromissoire et position du problème

Pour bien poser un problème, il faut commencer par en définir les termes.

L'expression « clause compromissoire » est fort critiquable. Si l'on s'attachait en effet, au sens littéral de ces termes, on pourrait croire qu'il s'agit d'une convention par laquelle on fait un compromis. La clause compromissoire ne serait donc pas autre chose qu'un compromis. Dès lors on ne verrait pas se poser le problème de la validité. Il est incontestable que deux ou plusieurs personnes, entre lesquelles règne un différend, peuvent donner mission à une ou plusieurs autres personnes de trancher leur contestation. Les articles 1003 et suivants du code de procédure civile règlent les conditions de cette convention. Le compromis implique essentiellement l'existence d'une contestation, et des arbitres ayant pour mission de statuer sur les prétentions alléguées de part et d'autre. La sentence rendue en exécution du compromis met fin à un procès engagé.

Les parties ont saisi de leur affaire la juridiction arbitrale. Le compromis puise sa force dans la volonté des parties ; mais comme l'arbitrage produit un résultat pratique semblable à celui d'un jugement, il est soumis, comme un jugement ordinaire, à certaines prescriptions légales dont la violation entraîne la nullité de la convention.

On peut définir le compromis : un contrat par lequel deux parties s'entendent pour soustraire le différend qui les divise à la connaissance des juges réguliers, et pour remettre l'instruction et le jugement de leur contestation à des arbitres par elles choisis. Cette convention suppose essentiellement un litige.

Mais telle n'est pas la situation de deux personnes qui insèrent dans un contrat une clause compromissoire, et telle n'est nullement la portée de cette dernière convention. Deux personnes font un contrat quelconque ; une vente, un bail, un contrat d'édition, de société ou de transport, et elles stipulent en même temps qu'au cas où l'interprétation ou l'exécution de ce contrat donnerait lieu à un procès, elles devront le déférer à des arbitres. Cette hypothèse est donc exclusive de tout litige actuel ; elle ne suppose qu'une contestation simplement possible. La clause compromissoire n'est pas une convention isolée et distincte, mais elle constitue l'un des éléments du contrat. Elle n'est destinée qu'à jouer un rôle éventuel, et non un rôle actuel et indépendant comme le compromis. Elle n'est qu'une pierre d'attente. Son seul but est de préparer l'arbitrage. Par elle les parties contractantes sont obligées de recourir à la voie de l'arbitrage, si une difficulté vient à se produire. C'est la contestation qui vivifiera peut-être la clause : mais aussi longtemps qu'il n'y a pas de litige, celle-ci demeure sans effet.

On pourrait dire que la clause compromissoire est un compromis sous condition suspensive, la condition étant la survenance d'un litige. Toutefois cette formule ne serait pas tout à fait exacte, car elle pourrait faire croire à une identité du compromis et de la clause compromissoire, alors que celle-ci n'est en aucune manière un compromis.

En d'autres termes la clause compromissoire est une promesse de compromettre.

La clause compromissoire est une convention par laquelle les parties contractantes s'engagent à soumettre à des arbitres, le cas échéant, les contestations susceptibles de s'élever entre elles à propos de l'étendue et de l'exécution de leurs engagements respectifs.

Le jour où une question litigieuse est soulevée et doit être tranchée, il peut arriver de trois choses l'une : ou bien les parties, liées par la clause compromissoire respectent l'obligation qu'elle leur impose, et compromettent ;

Ou bien les parties s'accordent pour répudier le bénéfice de la clause ;

Ou bien l'une des parties refuse d'exécuter son engagement, et réclame la juridiction des tribunaux ordinaires.

Dans la première hypothèse, la clause compromissoire est exécutée, son rôle est terminé au moment où se réalise l'éventualité en vue de laquelle elle a été faite. Elle fait désormais place à une institution juridique différente qu'elle n'avait eu pour objet que de préparer, c'est-à-dire à l'arbitrage.

Dans la seconde hypothèse, aucune controverse ne peut s'élever entre les parties d'accord pour ne pas mettre à exécution la clause qu'elles ont passée ; leur consentement efface leur précédente convention.

Mais dans la troisième hypothèse une grave question est à résoudre ; la clause compromissoire lie-t-elle les

parties qui l'ont souscrite ? Est-elle civilement obligatoire ? Est-elle susceptible de contrainte ?

Avant de rechercher la solution du problème à l'aide des textes et des principes généraux de notre droit, il importe d'interroger la tradition et la jurisprudence.

CHAPITRE II

Historique

Le compromis a été connu de toutes les législations issues d'un état social civilisé. Nous bornerons notre examen au droit romain et au droit de notre ancienne France et nous verrons que ces législations, largement favorables au compromis, n'ont rien fait pour s'opposer à la clause compromissoire.

Droit Romain (1)

Deux personnes, ayant l'intention de vider un litige sans s'assujettir aux formes de la procédure, désignaient d'un commun accord un ou plusieurs arbitres (*recepti arbitri*). Mais le compromis ne se faisait pas par un sim-

(1) Cf. Accarias : *Précis de Droit Romain* t. 2. p. 547-566 774 note 1. — Girard : *Droit Romain*. — Machelard : *Des obligations naturelles en droit romain* p. 30 et s. — Declareuil — thèse Paris 1887 — *Du compromis*.

ple pacte, car celui-ci ne suffisait pas à produire une action civile à l'époque classique. La partie condamnée par la sentence arbitrale aurait donc pu se refuser à l'exécuter. Il est vrai que si elle l'avait exécutée, elle n'aurait pu exercer la *condictio indebiti*, car le *nudum pactum* engendrait une obligation naturelle.

Mais l'hypothèse la plus ordinaire était celle d'une sentence non exécutée. Le compromis n'était plus alors sanctionné civilement.

On arriva à donner à la partie gagnante des moyens d'action contre son adversaire par l'adjonction au compromis d'une stipulation de peine à subir par la partie condamnée. Le compromis était alors dit : *plenum*. Cependant il résulte de certains textes, que, en l'absence même d'une stipulation, le compromis était *plenum*, et l'arbitre obligé de rendre la sentence, lorsque l'autorité de la sentence arbitrale était assurée. Ulpien (Digeste loi 48 de Pactis, livre II titre XIV) suppose que les deux adversaires ont déposé entre les mains d'un arbitre un objet quelconque avec charge de le remettre à la partie gagnante ou à celle dont l'adversaire refuserait d'exécuter la sentence. Le compromis produisait en ce cas tout son effet parce qu'une tradition se joignait au pacte (1). Justinien simplifia la procédure du compromis (Lois 4 et 5 de receptis livre II, titre LVI au Code). Il établit que la décision de l'arbitre devrait être respectée si les parties avaient fait

(1) Sur la fonction d'arbitre, voir Cuq : *Institutions juridiques des Romains* p. 457. *Receptum arbitrii*. Nul n'était tenu d'accepter les fonctions d'arbitre, mais celui qui s'en était chargé ne pouvait sans manquer à la foi promise se dispenser de statuer. En cas de refus, le prêteur usait de moyens de coercition : l'amende, et sans doute aussi la *pignoris capio*.

serment d'acquiescer à la sentence de l'arbitre choisi par elles et que celui-ci ait de son côté juré de juger suivant sa conscience.

Il décida qu'il en serait de même si les parties avaient contresigné l'*instrumentum* relatant la sentence, ou si elles l'avaient confirmé par leur silence en n'envoyant pas, dans les dix jours, soit à l'arbitre, soit à l'adversaire, une notification montrant qu'elles n'acceptaient pas la sentence.

Mais la législation nouvelle ouvrait la porte à la mauvaise foi. Après s'être engagées sous serment à respecter la décision de l'arbitre, les parties se parjuraient ensuite. Aussi le système nouveau fut-il abrogé et remplacé par l'ancien. En somme la stipulation de peine fut le centre de la théorie romaine du compromis. « Les compromis dont cette stipulation était la base, dit M. Declareuil (1), étaient fréquents. Dans l'ancienne république aristocratique, les plébéiens durent s'en servir pour éviter les juges praticiens. L'arbitrage ne put qu'être considéré avec faveur à l'époque où toute l'organisation judiciaire fut renversée, et les tribunaux livrés à l'anarchie par la loi de Caius Gracchus, et où chevaliers et sénateurs se disputaient le droit exclusif de juger. En somme les Romains n'abandonnèrent jamais l'usage du compromis. Sous l'empire, les chrétiens et les juifs réglaient ainsi presque tous leurs différends entre coréligionnaires (loi 8, Code de judæis). On employait le compromis non seulement pour trancher tel ou tel point litigieux, mais encore pour liquider une situation compliquée entre deux personnes qui se trou-

(1) Loc. citat. p. 56.

vaient à divers titres créancières et débitrices l'une de l'autre. C'est alors un véritable compromis de liquidation (Digeste. loi 13, 1, *de receptis*). »

Etant donné cet emploi universel du compromis et le rôle de la stipulation de peine en cette matière, il est possible de conjecturer que la clause compromissaire devait être fréquente. Mais était-elle reconnue valable ? Était-il aussi licite à deux personnes de stipuler qu'en cas de contestation elles feraient un compromis, et cela sous la stipulation d'une peine pour celle qui refuserait de tenir sa promesse qu'il était licite de conclure un compromis sous la même stipulation de peine, en présence d'une contestation née ?

On a invoqué contre la clause compromissaire deux textes du Digeste au titre de *receptis* (1).

Examinons-les successivement.

D'abord la loi 32 § 15. Ce fragment est ainsi conçu : « *Sciendum est omnem tractatum ex ipso compromisso sumendum ; nec enim aliud illi licebit quam quod ibi ut efficere possit cautum est, non ergo quodlibet statuere arbiter poterit, nec in re qualibet nisi de qua re compromissum est, et quatenus compromissum est.* »

Il résulte de ce texte que l'indication de l'objet du litige s'impose nécessairement dans le compromis. Les arbitres en effet, n'ont d'autre compétence que celle que les parties leur attribuent ; ils ne peuvent donc statuer que sur l'objet indiqué dans l'acte qui les nomme et dans la mesure fixée par cet acte. En d'autres termes, c'est le compromis qui

(1) Ces textes servent d'arguments à M. Garsonnet, tome VIII, p. 385, et à Bourbeau, *Théorie de la procédure civile*, tome II p. 519 sur l'article 1006.

leur donne le pouvoir de trancher une contestation et qui détermine l'étendue de leur pouvoir.

Suit-il de là que la promesse de compromettre soit défendue ? Cela ne résulte pas du texte. A la vérité celui-ci ne nous semble nullement s'opposer à la validité de la clause compromissoire. Admettons que deux individus se soient obligés, sous une *stipulatio pænæ*, à faire un compromis en cas de contestation ; le litige surgit ; il font alors un compromis dans lequel ils désignent avec toute la précision désirable l'objet du procès. Voilà le pouvoir de l'arbitre très clairement et très exactement conféré et délimité. L'arbitrage sera dès lors régulier conformément au texte précité.

L'autre texte est la loi 46 au même titre du Digeste : *De his rebus et rationibus et controversiis judicare arbiter potest, quæ ab initio fuissent inter eos qui compromiserunt, non quæ postea supervenerunt*. Ce passage vise non pas la période antérieure au compromis, dans laquelle se place la question de la clause compromissoire, mais bien la période postérieure. Or de ce qu'il décide que l'arbitre ne peut connaître valablement des difficultés nées dans cette période postérieure, il ne résulte en aucune manière que les parties n'aient pas eu le droit de faire une clause compromissoire. En résumé nous n'apercevons pas ce qui, dans la législation romaine, aurait pu faire écarter la validité de cette convention (1). Dès lors que le compromis contenait l'indication précise de l'objet du litige, peu importait que ce compromis fût fait ou non en exécution d'une promesse de compromettre : l'arbitre pouvait valablement statuer.

(1) Voir la thèse de M. Hoche (Paris 1879) sur l'arbitrage.

Ancien Droit

C'est surtout par l'intermédiaire du droit canonique que l'usage du compromis passa dans notre ancien droit (1).

Les évêques étaient en vertu d'une très ancienne coutume de l'Eglise des arbitres naturels. Le rôle de l'évêque sur ce point a été tracé en ces termes par Renan (2) : « Les dépôts des fidèles, les testaments, la tutelle des pupilles, les *procès*, toute l'administration en un mot, de la communauté lui sont confiés. C'est un magistrat à côté de la magistrature publique. »

L'évêque tranchait donc couramment les litiges. « Il se trouvait, dit M. Declareuil (3) que l'arbitrage, ce vieux correctif de la justice privée des anciens âges, était encore le mode de conciliation le plus en rapport avec la morale raffinée et les mœurs exquisement douces du christianisme naissant. »

Il faut ajouter à cela, que, par suite de l'interdiction faite par les conciles aux ecclésiastiques de plaider, les *procès* entre clercs furent soumis à la juridiction arbitrale.

Sous l'influence du droit canonique le compromis fut en grande faveur dans toutes les provinces et pendant tout le moyen âge. Il ne rencontra qu'un seul obstacle, les seigneurs justiciers que cette sorte de juridiction frustrait de droits de justice assez considérables. Mais partout où un coin de terre libre se rencontrait, on était sûr d'y trouver aussi ce simple et facile usage, d'autant plus apprécié dans l'anarchie des juridictions (4).

(1) Declareuil, thèse citée p. 146.

(2) Marc-Aurèle, p. 586.

(3) Loc. cit. p. 147.

(4) Loc. cit. p. 149.

Le droit canonique ne faisait plus de la stipulation de peine la base du compromis, mais il ne l'interdisait point. A défaut de peine, la partie qui a eu à souffrir de l'inexécution, avait une action en dommages intérêts (1). Il en fut ainsi jusqu'à la renaissance du droit romain. Ainsi la coutume de Toulouse considère comme valable la sentence arbitrale rendue à la suite d'un compromis, *cum fide ab utraque partium data*, bien qu'aucune peine n'ait été été stipulée. On en demandait l'exécution aux consuls qui statuaient *cognita causa*.

Mais, lorsque le droit romain ressuscita, il remit en honneur la stipulation de peine ou des garanties d'exécution équivalentes (2). Le droit des ordonnances varia quant à l'exigence de la stipulation de peine (3).

Nous n'avons pas à insister sur l'histoire du compromis, qui ne constitue pas en lui-même l'objet de notre étude. Nous y avons seulement cherché ce qui pouvait nous éclairer sur la question de la clause compromissoire.

Or il est manifeste que la stipulation de peine, lorsqu'elle fut exigée, et même lorsqu'elle fut simplement facultative, fournissait à cette clause, comme en droit romain, un appui incontestable. Lorsque la stipulation de peine ne fut pas requise, l'usage fréquent du compromis montre que la promesse de compromettre ne devait trouver dans la législation aucun obstacle.

Cependant M. Bourbeau (*Théorie de la procédure civile*, tome II, p. 522) semble invoquer contre la validité de la clause compromissoire à cette époque une décrétale de

(1) Loc. cit. p. 148. Code. X. *de arbitris*, 1-43.

(2) Declareuil, p. 152 et s. Beaumanoir, chap 51. 3.

(3) Declareuil, *ibid.* Isambert, t. XIV, p. 50.

Grègoire IX déclarant nul le compromis qui laisse la personne de l'arbitre incertaine. « *Mandamus ut compromissum de incerta persona in arbitrum adsumenda non teneat.* »

Cette règle était posée à propos d'un compromis dans lequel deux arbitres désignés étaient autorisés, en cas de partage, à choisir eux-mêmes un tiers arbitre (X Deciet. Greg. lib. I, tit. 43 cap. 12.). Dans le même sens la loi romaine avait dit : *Si in duos fuerit sic compromissum est ut, si dissentirent, tertium adsumant, puto tale compromissum non valere* (L. 17 § 5 *de receptis*). Cette règle était inspirée par la crainte que les premiers arbitres ne s'entendissent pas pour la nomination du tiers arbitre, et que, par suite, le compromis ne produisît pas son effet. Mais tout ce qui résulte de cette règle, c'est que les parties devaient dans le compromis désigner les arbitres et qu'elles ne pouvaient pas autoriser ceux qu'elles nommaient à s'en adjoindre un troisième. Cette question ne préjuge en rien celle de la clause compromissoire.

En réalité, avant la Révolution de 1789, cette clause était d'usage courant dans les sociétés tant civiles que commerciales. Une grande quantité d'actes notariés en fait foi. C'était une coutume immémoriale et contre laquelle on ne trouve la trace d'aucune protestation.

(Dalloz, Répertoire V^o arbitrage n^o 454, page 503, col. 2). C'est encore un fait que l'ordonnance de 1681 livre III, titre VI (articles 3 et 70) validait expressément la clause compromissoire (1).

(1) Elle était surtout en honneur en matière d'assurances, Les contrats d'assurances la mentionnaient habituellement. Voici la formule de Nantes rapportée par Emerigon : « Et en cas de contestation nous conviendrons à l'amiable d'arbitres négociants pour juger nos différends. »

Bordeaux : « Et en cas de contestation entre nous pour le fait de

Période révolutionnaire

L'usage de la clause compromissoire se perpétua d'autant plus facilement à l'époque des lois révolutionnaires que ces lois mirent le compromis plus en honneur que jamais.

La Révolution a exagéré une idée juste en elle-même, en disant que l'arbitrage est « le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens » (Décret des 16-24 août 1790)

Par application de ce principe, les lois de l'époque révolutionnaire ont donné à la juridiction arbitrale une importance excessive (1).

C'est ainsi que l'appel contre les décisions des arbitres ne fut pas admis, à moins de stipulation contraire des parties (Décret des 16-24 août 1790, titre I, art. 4 et 5. Loi du 4 fructidor an III, art. 211). De même encore certaines contestations ne purent être jugées que par des arbitres, par exemple celles qui naissaient entre les membres d'une même famille, celles qui étaient relatives à des biens communaux ou à des domaines nationaux engagés ou aliénés (Décret des 16-24 août 1790, titre X, art. 12 et 13. Décret du 17 pluviôse an III, art. 1 et 2. Décret du 10 juin 1793, art. 1 et suivants. Décret du 11 vendémiaire an II, art. 1 et suiv. Décret du 10 frimaire an II, art. 24 et suiv.); celles

la présente assurance et dépendances d'icelle, nous conviendroas d'arbitres pour juger nos différends. »

Valin va jusqu'à dire : « A la vérité on ne voit guère de polices d'assurances ou de contrats de société sans la clause portant soumission à l'arbitrage, mais enfin il *n'en faut pas conclure que l'omission de la clause emporterait la nullité du contrat.* »

(Alauzet, *Traité des assurances*, t. I, p. 386.)

(1) De l'arbitrage, Thèse Paris, Drouin 1886, p. 98 et suiv.

qui étaient relatives à l'exécution des donations et aux successions (Loi des 17-21 nivôse an II).

Un mouvement de réaction ne tarda pas à se produire contre cette extension démesurée de l'arbitrage (Loi du 13 vendémiaire an IV, décret du 4 brumaire an IV, loi du 9 ventôse an IV). Une résolution du Conseil des Cinq-Cents en date du 28 floréal an VI se jeta même dans l'excès contraire et eut pour objet l'abolition de l'arbitrage volontaire. Cette résolution fut heureusement repoussée par le Conseil des Anciens le 19 ventôse an VII.

Le Code de procédure civile a consacré un système raisonnable et prudent en n'imposant pas l'arbitrage, mais en le permettant (1).

Le principe de la liberté des conventions conduit à laisser les parties libres de régler leurs litiges suivant le procédé qu'elles jugent préférable. Il y a lieu seulement d'imposer à l'arbitrage certaines règles dans l'intérêt de l'ordre public. Dans cette mesure il convient de permettre aux individus d'écarter conventionnellement la juridiction des tribunaux et de confier le jugement de leur affaire à des particuliers par eux choisis : Le Code de procédure civile a-t-il voulu rompre avec la tradition immémoriale qui validait la clause compromissoire ? Interrogeons d'abord la jurisprudence.

(1) L'arbitrage forcé a été rétabli par l'art. 51 du Code de commerce en matière de société. Mais ce texte a été abrogé par la loi de 1856 sur les sociétés.

CHAPITRE III

La Jurisprudence

SECTION I. — SON EVOLUTION GÉNÉRALE

Les tribunaux n'éprouvèrent d'abord aucune hésitation à déclarer valable la clause compromissoire.

Un arrêt de la Cour de Rennes du 21 juin 1810 valida cette convention en matière d'assurances : « Considérant, disait la Cour, que la police d'assurance du 13 frimaire an II, qui doit faire la loi entre les parties, dispose qu'en cas de contestation, elles conviendront d'arbitres négociants pour juger leurs différends : clause claire et précise qui doit avoir son exécution jusqu'à ce que les contractants y aient expressément renoncé. » (1)

La Cour de Turin, par un arrêt du 4 avril 1808, et la Cour de Paris, par un arrêt du 14 février 1809, avaient déjà statué dans le même sens (2).

Cependant la Cour de Paris avait, dans une affaire relative à un bail, paru s'éloigner de cette manière de voir. En vérité elle ne niait pas la validité en principe de la promesse de compromettre ; elle lui reconnaissait son effet en ce qui concernait une partie de la cause, mais, en considération de l'urgence que présentait un autre point de l'affaire, elle avait cru pouvoir s'attribuer la connaissance

(1) Dalloz, Répertoire V. l'arbitrage, numéros 454 et 448.

(2) *Ibid.*

de cette seconde partie du procès. Il n'y avait donc là qu'une atteinte partielle, et dictée seulement par des motifs d'ordre pratique, à la règle admise de la validité de la clause compromissoire. Cette décision fut déférée à la Cour de cassation qui maintint dans son intégralité l'application de la règle et annula l'arrêt de la Cour de Paris (Cass. 2 septembre 1812. Dalloz, V^o arbitrage, p. 504, col. 1).

Les arrêts qui suivirent admirent sans difficulté et sans restrictions la clause compromissoire.

« Attendu, dit un arrêt de Bruxelles du 12 février 1821, que les intimés fondent l'action qu'ils ont exercée contre l'appelant sur l'article 16 de la convention intervenue entre eux le 10 janvier 1820, lequel est conçu dans les termes suivants : Pour le cas où quelques différends s'élèveraient sur l'interprétation et l'exécution des présentes et de leurs suites, il est convenu qu'ils seront décidés à Gand par 3 arbitres ; qu'en conséquence il ne s'agit pas dans l'espèce d'un acte de compromis par lequel les parties auraient soumis à des arbitres des points précis de contestation, mais de l'exécution de l'article précité de la dite convention. » La Cour de Bruxelles constatant d'ailleurs que les difficultés indiquées dans l'exploit introductif d'instance ne contenaient rien de contraire aux lois ou aux bonnes mœurs, ordonna l'exécution pleine et entière de la convention dont il s'agissait.

La légitimité de notre clause fut encore affirmée à Amiens en 1823. Un sieur Picart avait loué à un sieur Revel une usine établie sur un bras de la Somme. Le bail contenait cette stipulation : « Toutes difficultés sur l'exécution du dit bail seront soumises à deux arbitres nommés par les parties, et qui, en cas de dissidence, s'adjoindront un tiers arbitre. » Des difficultés survinrent effectivement. Picart invoquant la clause précitée, Revel

crut pouvoir s'autoriser de l'art. 1006. c. p. c. pour la faire annuler. Le Tribunal d'Amiens repoussa cette prétention : « Attendu, dit-il, que les contrats font la loi des parties ; que par le bail notarié des 18 et 23 février 1823 elles sont convenues de soumettre à des arbitres toutes les difficultés qui pourraient s'élever sur l'exécution du bail... que la demande au principal rentre essentiellement dans les cas prévus par cette disposition.... le Tribunal se déclare incompétemment saisi du litige et renvoie les parties à se pourvoir ainsi que de droit pour être réglées par la voie de l'arbitrage. » Cette décision fut confirmée par la Cour d'Amiens le 5 août 1823.

Postérieurement l'on trouve encore d'autres décisions qui proclament la validité de la promesse de compromettre : Tribunal de la Seine, 31 juillet 1828. Cour de Colmar, 24 août 1835. Aix, 5 mai 1840. Bourges, 31 mars 1841. Paris, 23 août 1841. Colmar, 21 juin 1841 (1).

L'espèce tranchée par la Cour de Colmar en 1835 nous place dans l'hypothèse de contrats de remplacement militaire. Bien que la question ne puisse plus aujourd'hui se poser en semblable matière, il est intéressant de s'arrêter un peu sur cet arrêt, parce qu'il montre la variété d'applications possibles de la clause compromissoire. En 1834 les sieurs Alexandre s'engagent à fournir des remplaçants à la Compagnie des remplacements militaires. Le traité contient dans son article 8 une clause compromissoire. Au moment du règlement de comptes, des difficultés surgirent entre les sieurs Alexandre et le gérant de la Compagnie. Les premiers assignèrent le gérant en nomination

(1) Dalloz, V^o arbitrage nos 400, 454, 581, 716. V^o acte de commerce n^o 251.

d'arbitres devant le tribunal de commerce de Mulhouse. Un jugement par défaut intervient le 30 octobre 1834 nommant des arbitres et renvoyant les parties devant eux pour régler leurs comptes et les débats s'y rattachant. Les parties exécutèrent d'abord ce jugement. Puis les sieurs Alexandre, se ravisant, prétendirent que les arbitres étaient sans qualité pour les juger, soit parce que la convention de compromis serait nulle par suite du défaut de désignation des arbitres et de l'objet en litige, soit parce que le compromis serait expiré. Cependant les arbitres statuèrent sur le fond du débat par une sentence du 16 décembre 1834.

Sur l'appel interjeté, la Cour de Colmar, le 24 août 1835, statua en ces termes : Considérant, quant à la nullité du compromis, que les frères Alexandre voudraient fonder 1^o sur ce qu'il ne fixait pas l'objet du litige, 2^o sur ce que les 3 mois étaient expirés lors du jugement arbitral ; — que les articles 1006 et 1007 c. p. c. qui disposent que le compromis désignera les objets en litige et les noms des arbitres à peine de nullité, et que la mission de ceux-ci, si aucun délai n'est fixé, ne durera que 3 mois à dater du jour du compromis, sont inapplicables au traité du 27 août 1834, art. 8, qui n'est et ne pouvait être qu'une promesse de compromis pour des difficultés qu'on n'était pas dans le cas de préciser, mais qui cependant pouvaient s'élever plus tard ; que le véritable compromis n'existe donc que dans le jugement dont est appel, etc. ; » En conséquence la Cour rejette l'appel et maintient à la sentence arbitrale son entier effet.

La même Cour de Colmar statua par un arrêt du 21 juin 1841 dans une espèce très intéressante au point de vue des principes. Une promesse de compromettre avait été faite entre deux personnes dont l'une tomba en faillite avant

que l'arbitrage ait été constitué. Un doute pouvait exister sur la solution à admettre. Car les syndics n'ont pas, en général, capacité pour compromettre ni pour nommer des arbitres. Qu'allait devenir la clause compromissoire ? La Cour statua en ces termes : Considérant qu'en droit la promesse de compromettre est valable ; qu'ici il en existe une consentie entre les parties ; que la faillite du sieur S. n'a pas autorisé le syndic à enfreindre cet engagement, ne pouvant figurer que comme l'ayant cause du failli.... » Par ces motifs l'arrêt annule comme incompétemment rendu, le jugement qui avait tranché la contestation. Cette solution était basée sur la raison que les syndics doivent exécuter les contrats synallagmatiques légalement passés par le failli. La promesse de compromettre présentait ce caractère. Par suite les syndics, alors même qu'ils n'auraient pas pu, de leur propre mouvement, compromettre et faire nommer des arbitres, étaient liés par la promesse émanée du failli et tenus de la mettre à exécution.

Citons enfin un arrêt de la Cour de Bourges du 31 mars 1841 qui met bien en lumière la différence qui existe entre le compromis proprement dit et la clause compromissoire, et qui pour ainsi dire résume, dans une formule condensée, la pensée de la jurisprudence examinée jusqu'ici :

« Considérant, dit la Cour, que les contrats font la loi des parties et doivent recevoir leur exécution à moins qu'ils ne contiennent des conventions contraires aux lois ou aux mœurs ; que l'art. 1006 est sans application dans l'espèce ; qu'il ne s'agit point en effet d'un compromis, mais bien d'un engagement de compromettre, d'une obligation contractée de soumettre à une juridiction arbitrale, à une juridiction d'élection, la décision des difficultés qui pourraient survenir entre les parties relativement à l'exé-

cution de leurs conventions ; qu'un pareil pacte n'ayant rien de contraire à l'ordre public, ni d'illicite, doit être respecté et tenir son effet. »

Mais à l'époque où les arrêts précédents étaient rendus en faveur de la clause compromissoire, déjà d'autres décisions étaient intervenues en sens contraire : Req. 12 avril 1821. Limoges 5 janvier 1839. Nîmes 16 mars 1842. Paris 9 janvier 1843 et 31 janvier 1843. Req. 10 juillet 1843. Douai 30 août 1843. Metz 31 août 1843. Grenoble 14 novembre 1843. Rouen 4 décembre 1843. Reg. 21 février 1844. Caen 20 avril 1844 (Dalloz V^o arbitrage n^o 454). A partir de 1844 on peut dire que la jurisprudence s'est unifiée dans le sens de la nullité de la promesse de compromettre : Cass. 2 décembre 1844 D. 45-1-40. — Agen 17 déc. 1844 D. 45-4-27. — Bordeaux 28 août 1851. D. 53-5-22. — Paris 23 juillet 1852 D. 54-2-102. — Civ. rej. 20 nov. 1854. D. 55-1-233. — Civ. rej. 23 mai 1860. D. 60-1-243. — Req. 15 juillet 1879. D. 80-1-106. Req. 12 mars 1880 D. 80-1-342. — Req. 1^{er} nov 1880 D. 81-1-321. — Amiens 10 juin 1881 D. 82-2-164. — Req. 28 juin 1886 D. 87-1-55.

De telle sorte que si l'on fait abstraction des quelques arrêts du début du xix^e siècle que nous avons étudiés, la jurisprudence nous apparaît comme constamment et abondamment contraire à la clause compromissoire. Les décisions ont été rendues dans des matières diverses ; mais le plus grand nombre est relatif aux assurances et aux sociétés. Aussi allons-nous consacrer 2 sections de ce chapitre à l'étude de la jurisprudence se rattachant d'une manière spéciale à chacune de ces matières.

Mais auparavant et pour tracer la physionomie générale de notre jurisprudence, nous devons observer que celle-ci s'est souvent trompée sur la définition même de la clause compromissoire et qu'elle a attribué ce caractère à des

conventions qui ne l'avaient pas en réalité. Nous voulons parler des clauses de contrats attribuant compétence aux tribunaux étrangers, à l'exclusion des tribunaux français, pour toutes les difficultés à naître du contrat. C'est d'ordinaire dans les connaissements délivrés par les Compagnies étrangères de transports maritimes qu'on trouve ces clauses. Il a été parfois admis que cette convention est une clause compromissoire et des tribunaux l'ont, à ce titre, annulée. (Trib. de commerce de Marseille 17 juin 1885. Cour d'Aix 19 décembre 1885. *Revue internationale de droit maritime* 1885-1886 p. 22 et 494. Contra : Lyon-Caen : *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1886, p. 343). En réalité la clause dont il s'agit ici ne doit pas être confondue avec la clause compromissoire. Celle-ci est une renonciation au droit de porter une contestation devant les tribunaux institués par l'autorité publique et un engagement de saisir de cette contestation des particuliers. Celle-là n'exclut pas la compétence d'une juridiction publique. Elle écarte seulement celle des tribunaux français. Les juges étrangers ne peuvent être considérés comme de simples arbitres.

Nous n'avons à envisager que la clause compromissoire et non pas les clauses attributives de juridiction qui n'ont rien de commun avec elle.

SECTION II. — ASSURANCES TERRESTRES

De nombreuses décisions sont intervenues en matière d'assurances. L'assurance est en effet l'un des contrats où la multiplicité des difficultés possibles, et le désir de les trancher rapidement et avec le minimum de frais, devaient

faire insérer le plus fréquemment la clause compromise.

Dès 1839 la Cour de Limoges statue sur une affaire de ce genre. En 1837 Noël Lachaise fait assurer à la Compagnie « Le Soleil » ses bâtiments et effets mobiliers. L'art. 27 de la police porte que « toutes contestations, autres que celles relatives au paiement des primes arriérées, entre l'assuré et la Compagnie, seront jugées par arbitres s'il n'en a été autrement convenu. » Un incendie éclate. Des experts sont nommés et ils évaluent le dommage. La Compagnie fait offre de la somme fixée par eux. L'assuré refuse cette offre comme insuffisante et assigne la Compagnie. Malgré l'exception d'incompétence soulevée par la Compagnie, le Tribunal de Limoges se déclare compétent et ordonne une nouvelle expertise : Considérant que la disposition de la police d'assurance d'après laquelle les discussions à naître au sujet de cette police doivent être portées devant les arbitres à Paris, n'est pas absolument obligatoire pour les parties ; que ce n'est qu'en matière commerciale qu'il existe des arbitrages forcés ; mais que nul ne peut valablement s'interdire d'une manière absolue l'exercice du droit commun, le recours aux tribunaux et l'invocation des lois du pays ; que la loi, en autorisant les arbitrages, ne les regarde comme obligatoires que lorsque les arbitres sont choisis et nommés, et que le litige qui doit leur être soumis est connu et déterminé par un compromis.... » La Cour de Limoges confirma cette décision par adoption de motifs.

On le voit, l'arrêt et le jugement font bon marché du principe de la liberté des conventions. Ils assimilent le compromis et l'arbitrage que les parties se sont volontairement promis à l'arbitrage forcé. Ils confondent surtout

la promesse de compromettre avec le compromis, soumis à l'article 1006 c. p. c.

C'est la même confusion et la même fausse application de l'art. 1006 que l'on rencontre dans les arrêts postérieurs.

Un arrêt de Paris du 9 janvier 1843, à propos d'une clause compromissoire insérée dans les polices de la société d'assurances mutuelles contre l'incendie : « La Fraternelle », s'exprime en ces termes : Attendu que l'art. 1006 c. p. c. dispose que le compromis désignera le nom des arbitres à peine de nullité ; attendu que l'art. 14 des statuts de la Société « La Fraternelle », qui renferme le *compromis* entre la Société et le sieur L... porte que 2 arbitres seront pris parmi les membres de la Société ; que cette indication ne contient pas la désignation prescrite par l'article sus énoncé ; que le *compromis* étant nul il n'y a pas lieu de renvoyer les parties devant arbitres. »

La Cour de cassation elle-même s'engage dans la même voie. Par 3 arrêts des 10 juillet 1843, 21 février 1844 et 2 décembre 1844, la Chambre civile affirme que l'art. 1006 s'oppose à la validité de la clause compromissoire spécialement en matière de polices d'assurances (1). L'arrêt du 10 juillet 1843 ajoute que si l'on validait, dans les cas d'assurances contre l'incendie, la clause compromissoire, il faudrait reconnaître et consacrer sa validité dans tous les contrats, lors desquels on aurait consenti, en cas d'inexécution ou de difficultés dans l'exécution, à se soumettre à des arbitres non désignés ; que cette stipulation deviendrait en quelque sorte banale et de pur style ; que l'except-

(1) Dalloz, loc. cit. et D. 1844-1-97 1845-1-40.

tion au droit commun serait la règle et que l'on serait privé des garanties que présentent les tribunaux.

Cette crainte exprimée par la Cour suprême semble bien chimérique. On ne peut redouter que des personnes renoncent à la légère, lors d'une convention, aux garanties des tribunaux de droit commun. Elles ne stipuleront la clause compromissaire que lorsqu'elles y verront clairement des avantages réciproques.

L'arrêt de la Chambre civile du 2 décembre 1844 cherche à apporter une précision de plus en disant que : « la distinction entre la promesse de compromettre et le compromis ne repose sur aucun fondement légal et qu'on ne pourrait l'admettre sans méconnaître le véritable esprit du code de procédure civile au titre des arbitrages. » Nous ne voyons pas quelle est la disposition du code qui, soit expressément, soit implicitement identifierait, ainsi que l'affirme la Cour de cassation, la promesse de compromettre et le compromis lui-même. La distinction de l'un et de l'autre résulte au contraire très nettement de la définition que nous avons donnée dans le 1^{er} chapitre.

La même doctrine se retrouve dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 15 juillet 1879 (D. 80-1-106). Il s'agissait d'une police de la Compagnie « l'Abeille » qui contenait cette clause : « Les dommages d'incendie sont réglés de gré à gré, ou évalués en suite d'enquête ou d'expertise contradictoire par 2 experts choisis par les parties, soit sur les lieux, soit ailleurs. Ils s'adjoignent, s'ils ne sont pas d'accord, un 3^e expert.

Les 3 experts opèrent en commun et à la majorité des voix. Les parties peuvent exiger respectivement que le 3^e expert soit choisi hors du lieu où réside l'assuré. Les experts sont dispensés de toute formalité judiciaire. » Un jugement du Tribunal civil du Puy du 9 mai 1878 déclara

nul cet article de la police, comme renfermant une clause compromissaire, et sans procéder à une expertise nouvelle, fixe à 1.300 fr. l'indemnité due par la Compagnie. Un arrêt confirmatif survient le 23 juillet 1878. La Cour déclara que les premiers juges avaient considéré à bon droit comme une clause compromissaire et annulé en vertu de l'art. 1006, « la clause par laquelle l'assureur et l'assuré remettent à des experts ou arbitres à désigner éventuellement la solution d'un intérêt contradictoire non encore né et déterminé ». La Chambre des requêtes repoussa le pourvoi sous le prétexte qu'il n'y a pas lieu de distinguer « le compromis et la clause compromissaire qui, ayant pour objet de lier d'avance les parties par l'engagement de compromettre, doit, pour être valable, contenir les mentions exigées par l'article 1006 ». On trouve une affirmation semblable dans un arrêt de la Chambre des requêtes du 22 mars 1880 (D. 80-1-342).

Le résultat de cette jurisprudence en matière d'assurances terrestres, a été que les Compagnies ont cessé d'insérer dans leurs polices la clause compromissaire. A cette clause elles ont substitué très souvent des conventions à fin d'expertise en cas de sinistre. Ces stipulations n'enlèvent pas aux tribunaux la connaissance des litiges. Elles ont seulement pour effet de rendre obligatoire l'expertise pour le juge, qui doit interpréter le contrat et sanctionner ses effets. De telles conventions sont reconnues valables (1). Mais elles ne présentent pas les avantages pratiques, de célérité et d'économie, que procure la clause compromissaire.

(1) Dalloz, 1880-1-106. en noté. — Agnel, *Manuel général des assurances* n° 241. — Pouget, *Dictionnaire des assurances*, V^e expertise n° 3. *Journal des assurances* 1878 p. 130.

SECTION III. — SOCIÉTÉS

L'insertion de la clause compromissoire dans les contrats de société devait être non moins fréquente que dans les polices d'assurances. On sait qu'avant le code de procédure, cette clause se trouvait déjà dans les habitudes des Compagnies. La complication des rapports créés par la Société, la multiplicité des opérations sont des sources fécondes de procès. On conçoit que les associés, qui lorsqu'ils contractent, sont le plus souvent animés de confiance réciproque (cela est vrai surtout des sociétés de personnes), et qui ont toujours intérêt à étouffer les contestations naissantes, aient eu recours à la clause dont il s'agit. La bonne marche des entreprises est incompatible avec les lenteurs, les frais, les discussions publiques, inévitables devant les juridictions de droit commun.

Mais la jurisprudence n'a pas cru devoir encourager cet esprit de concorde et d'arrangement.

Un arrêt de Lyon du 7 février 1849 (D. 49-2-178) a statué sur une clause d'une société commerciale qui disposait que « les arbitres qui seront nommés par le Tribunal de commerce prononceront en dernier ressort sur toutes contestations entre associés, même sur celles relatives à la dissolution. » Cette décision est intéressante parce qu'elle a été rendue sous l'empire des anciens articles 51 et suiv. du code de commerce aux termes desquels les contestations entre associés, et pour raison de la société, étaient soumises à l'arbitrage forcé. L'arrêt décida que cette clause « valable en tant qu'elle ne ferait que prorroger le pouvoir des arbitres en les autorisant, ainsi que le permet l'article 52 C. Co, à prononcer en dernier ressort, serait au contraire frappée de nullité aux termes de l'art.

1006 c. p. c. qui exige que les arbitres soient nommés par le compromis, si on l'invoquait comme constituant un Tribunal arbitral substitué aux Tribunaux ordinaires pour prononcer sur des demandes de la compétence de ceux-ci ». Ainsi, même en matière de société de commerce, malgré l'institution encore subsistante de l'arbitrage forcé, l'arrêt annule la clause compromissoire.

Le 23 juillet 1852 la Cour de Paris consacra implicitement une distinction suivant laquelle la clause en question serait valable dans les statuts d'une société de commerce, et ne le serait pas dans ceux d'une société civile. Il s'agissait d'une société fondée pour la direction d'une maison d'éducation.

L'arrêt décide que « la stipulation par des *associés civils* que les contestations qui pourraient survenir entre eux seront jugées par des arbitres est nulle si le nom des arbitres ni la nature du litige n'y sont pas indiqués conformément à l'art 1006 » (D. 1854-2-102).

La même distinction entre les sociétés commerciales et civiles a été faite par la Chambre civile, mais dans des circonstances un peu spéciales, le 20 novembre 1854 (D. 55-1-233). Il était constaté par les juges du fait que la société existant entre deux individus était « essentiellement commerciale » ; mais il était en même temps noté que cette société avait été qualifiée par eux de société civile et particulière, dans le pacte social du 30 avril 1841. Or la Cour suprême a considéré cette dernière qualité comme suffisant à entraîner la nullité de la clause compromissoire.

Depuis que la loi du 17 juillet 1856 a supprimé l'arbitrage forcé, il n'y a plus lieu de faire, au point de vue qui nous occupe, la distinction relevée dans les arrêts précédents, entre les sociétés civiles et les sociétés commercia-

les. La question se pose dans les mêmes termes pour les unes et pour les autres.

Cependant on a prétendu que depuis cette loi, il n'est plus possible d'admettre la validité de notre clause dans les sociétés de commerce (V. Dalloz 1880-4-342, note). On s'appuie sur ces paroles du rapporteur : « Ainsi conduits par l'examen et la réflexion à la suppression de l'arbitrage forcé, nous n'avons plus eu qu'à nous demander si les parties ne pourraient pas valablement s'y soumettre dans l'acte constitutif de la société ; en d'autres termes s'il n'y aurait pas lieu de trancher, en matière de société commerciale, la question tant controversée de la clause compromissoire. Nous ne l'avons point pensé.... A notre sens la juridiction arbitrale n'est bonne qu'alors qu'elle est véritablement volontaire et amiable alors que les parties choisissent leurs juges librement et sans contrainte pour un litige né et actuel. » (D. 1856 4-414 n° 7).

Nous ne croyons pas que ces paroles aient une autorité absolue, et doivent s'imposer au jurisconsulte. En réalité aucun texte ne prohibe, même en matière de société de commerce, la clause compromissoire. Au surplus le rapporteur paraît faire une confusion entre l'arbitrage forcé et la promesse de compromettre. Il avait raison de dire que la juridiction arbitrale n'est bonne que lorsqu'elle est amiable et volontaire, librement choisie par les parties. Mais il avait tort d'en conclure qu'il est nécessaire pour cela qu'il y ait un litige né et actuel. La promesse réciproque de recourir à l'arbitrage en cas de contestation peut être donnée dans des conditions de parfaite liberté. Comme tout autre contrat cette promesse compte, parmi ses éléments essentiels de validité et d'existence, le consentement.

Les décisions intervenues en matière de société sont du

plus haut intérêt. Elles ont été surtout relatives aux sociétés de secours mutuels. La nature même de ces sociétés devait les inciter à faire emploi de la clause compromissoire. Elles sont en effet portées par leur but et par les circonstances dans lesquelles elles sont formées, à investir leur conseil d'administration du pouvoir de prononcer sur les contestations disciplinaires et même civiles qui peuvent naître de leur fonctionnement. On trouve souvent dans les statuts une clause imposant aux adhérents l'obligation de porter leurs contestations éventuelles, non devant les juridictions de droit commun, mais devant le Conseil d'administration de la société, constitué ainsi en juridiction arbitrale. Il y a là une clause compromissoire.

La Chambre civile a statué dans un cas de ce genre par un arrêt du 23 mai 1830 (D. 1830-1-243). Les ouvriers d'une fabrique d'aiguilles avaient fondé une société de secours mutuels. Un article des statuts portait que toutes les contestations entre associés seraient jugées par le Conseil d'administration de la société. Le sieur D..., membre de la société, réclamant un secours pour une période de maladie, vit sa demande repoussée par le Conseil. Il s'adressa alors au juge de paix du canton de Creil qui accueillit sa prétention. Mais le président de la société fit appel et soutint devant le tribunal l'incompétence de cette juridiction. Le tribunal de Senlis, le 30 novembre 1856, se déclara incompétent et renvoya D... devant le Conseil d'administration. Un pourvoi en cassation de D..., fondé sur l'art. 1006, fut accueilli par la Chambre civile. « Attendu, dit la Cour, que la compétence des tribunaux étant d'ordre public, il ne peut y être dérogé que sous les conditions prescrites par la loi; qu'en autorisant les arbitrages volontaires le code de procédure civile en a déterminé les

conditions essentielles; que l'art. 1006 exige à peine de nullité que le compromis désigne les objets en litige; que la clause précitée est trop vague et conçue dans des termes trop généraux pour qu'il soit possible de la considérer comme satisfaisant à cette prescription de l'article 1006; qu'aucune loi n'affranchit de son application les sociétés de secours mutuels; qu'en se considérant comme dessaisi par cette convention et en se déclarant incompétent, le Tribunal a violé l'article 1006.... casse. »

A cette décision très formelle on oppose parfois un arrêt antérieur de la Cour de Grenoble, du 25 novembre 1852 (D. 1854-2-168 et la note). Cet arrêt a décidé qu'une société de secours mutuels peut investir un conseil choisi dans son sein d'une autorité disciplinaire souveraine pour l'exécution de son règlement, et que les décisions de ce conseil, prononçant avec le concours d'une assemblée générale l'exclusion perpétuelle ou temporaire d'un membre sont irrévocables et échappent à tout contrôle toutes les fois qu'elles reposent sur le texte du règlement. On ne peut pas dire que cet arrêt ait fait échec à la thèse générale de la jurisprudence. Car il ne s'agissait pas, dans l'espèce, d'une clause des statuts en vertu de laquelle les contestations des associés auraient dû être soustraites aux juridictions de droit commun, mais bien du droit pour le conseil de prononcer des exclusions en exécution du règlement, ce qui est vraiment autre chose. Toutefois il faut bien reconnaître que, bien qu'il soit question d'une mesure disciplinaire, cette mesure peut entraîner un préjudice matériel ou moral dont le contrôle échappera aux tribunaux. L'arrêt précité aurait donc pour dernière conséquence logique la validité, dans une certaine mesure, de la clause compromissaire. Mais telle n'a certainement pas été sa pensée et sa portée.

Pour en terminer sur ce point, il reste à examiner un arrêt de la Chambre des Requêtes du 28 juin 1886 (D. 87-1-55) rendu dans un cas particulièrement curieux. Des régates internationales avaient été organisées et dirigées à Nice par un comité des fêtes composé d'armateurs. Le programme des fêtes contenait l'annonce d'un certain nombre de prix à décerner aux vainqueurs, et, en outre, il renfermait une clause ainsi conçue : « Les décisions du comité, quelles qu'elles soient, sont sans appel et les concurrents, par le seul fait de leur engagement, acceptent sa juridiction et renoncent à celles des tribunaux. »

Or des difficultés s'élevèrent relativement au signal du départ des bateaux. D'où contestation entre certains concurrents et le comité des fêtes. Les concurrents mécontents assignèrent le comité devant le Tribunal de Nice qui, le 3 mars 1884, décida que la sentence du comité était sans appel et qu'aux termes du règlement accepté par les concurrents il y avait eu renonciation à la juridiction des tribunaux. La Cour d'Aix fut saisie et décida que « l'engagement implicite de se soumettre d'avance et sans appel aux décisions du comité, d'accepter sa juridiction et de renoncer à celle des tribunaux, pût-il tenir lieu de compromis, ce compromis serait nul faute de désignation des arbitres et de détermination de l'objet du litige ». L'arrêt constatant que les prescriptions de l'article 1006 n'étaient pas observées, infirma le jugement et condamna le comité des fêtes. Celui-ci se pourvut en cassation. Son argumentation fut spécieuse : il soutint que l'offre de récompenses qu'il avait faite, même suivie de l'acceptation des concurrents, ne constituait pas un contrat synallagmatique, mais un contrat de bienfaisance ; que par suite il avait pu, lui, comité donateur, attacher à sa libéralité les conditions qu'il lui plaisait d'imposer aux concurrents donatai-

res. Or, concluait-il, tel avait été le caractère de la clause portant attribution de juridiction. Mais ce raisonnement subtil ne persuada pas la Chambre des Requêtes. Elle reconnut dans le contrat litigieux une convention synallagmatique et déclara que la clause compromissaire qu'elle contenait était nulle par application de l'art. 1006.

SECTION IV

Caractère de la nullité de la clause compromissaire d'après la jurisprudence

Conséquence de sa théorie en droit international

La préoccupation de l'art. 1006 C. p. c. est en somme le motif principal et constant qui a suffi à notre jurisprudence pour prononcer la nullité de la clause compromissaire. Beaucoup d'arrêts se sont bornés à invoquer ce texte et l'obsession était telle qu'ils n'ont pas pris soin de le discuter.

Cependant les tribunaux n'ont pas poussé jusqu'à la dernière rigueur logique leur interprétation de l'art. 1006.

D'abord ils n'exigent pas toujours pour la validité du compromis lui-même une précision absolue dans la désignation de l'objet du litige et de l'arbitre (1). Ainsi la

(1) Ne peut-on pas dire d'ailleurs que la clause compromissaire contient la désignation de l'objet du litige, puisqu'elle vise les difficultés qui pourront surgir au sujet du contrat qui la contient. Elle embrasse donc un champ assez restreint : l'on sait ou du moins on peut prévoir de quelle nature sera le procès qui pourra se présenter. D'autre part la clause compromissaire désigne assez souvent la catégorie de gens qui pourront être choisis comme arbitres. Ces deux considérations auraient dû atténuer la rigueur d'application de l'article 1006.

Cour de cassation a décidé que les arbitres, désignés d'avance dans un acte pour statuer sur les difficultés relatives à l'interprétation ou à l'exécution de cet acte sont régulièrement saisis des contestations qui surviennent à ce sujet, par la comparution des parties devant eux et par leurs conclusions respectives et qu'il n'était pas nécessaire en ce cas qu'il y eut un compromis préalable désignant spécialement l'objet du litige (Cassation 17 mai 1836, Dalloz 1836-1-359).

Il s'agissait en l'espèce d'une clause insérée dans le contrat de cession d'un office ministériel, en vertu de laquelle les difficultés possibles relativement à l'exécution du traité devaient être jugées par la Chambre des Avoués.

De même un arrêt de la Cour de Paris du 7 mars 1843 (Sirey, 43-2-141) a décidé que la clause de l'acte d'engagement intervenu entre l'administration d'un théâtre et un artiste, portant que toutes les contestations qui pourront survenir entre les parties, seront jugées par le Conseil judiciaire du théâtre, contient une désignation suffisante du litige et des arbitres.

Un arrêt de Paris du 18 mars 1873 (Dalloz, 1874-2-137) fait une application aussi large de l'article 1006.

En second lieu et surtout les tribunaux ne considèrent pas la nullité de la clause compromissoire comme une nullité d'ordre public. Ils admettent bien qu'elle peut être invoquée par les deux parties ; mais ils décident qu'elle peut être couverte par toute exécution volontaire émanant personnellement des parties. Cette hypothèse se réalise notamment lorsque des difficultés s'étant élevées à propos du contrat où figure la clause compromissoire les adversaires choisissent des arbitres et comparaissent devant eux (Cass. 17 mai 1836 D. 1836-1-359. Cass. 28 janvier 1846 D. 46-1-125. Paris 18 mars 1873 D. 74-2-137). Un arrêt de

Rouen du 21 décembre 1907 (D. 1909-2-303) décide en ce sens que la nullité ne peut être invoquée lorsque un différend s'étant élevé au sujet de l'exécution du contrat, l'une des parties a fait sommation à l'autre de désigner des arbitres, et que celle-ci a accepté la proposition qui lui était faite.

La jurisprudence a appliqué cette même conception de la nullité sur le terrain du droit international.

La Cour de cassation belge admet la validité de la clause compromissoire (17 février 1888. D. 89-2-168). Or il peut arriver qu'une clause compromissoire ait été passée en Belgique entre un Français et un étranger. Doit-elle être déclarée valable par les tribunaux français? La question a été tranchée affirmativement par la Cour de Douai et par la Cour de cassation.

Par une convention verbale conclue d'Anvers le 7 février 1902, la Compagnie « La Générale Mercantile » avait vendu à L... une certaine quantité de maïs livrable à Dunkerque. Il avait été stipulé que toute contestation pouvant naître de ce marché serait jugée par la Chambre arbitrale et de conciliation pour grains à Anvers, dont la décision serait finale, les parties renonçant à toute voie judiciaire. Un sieur Bernard succède aux droits de L..., Or les maïs arrivèrent avariés à Dunkerque. Bernard assigna la Compagnie devant le Tribunal de Dunkerque pour voir prononcer la résiliation de la vente. La Compagnie déclina la compétence du Tribunal. C'est dans ces circonstances que la Cour de Douai eut à se prononcer. Son arrêt du 7 août 1902 (D. 1904, 2-85) déclara exécutoire en France la clause compromissoire litigieuse. Il affirma bien, conformément à la jurisprudence que nous connaissons, que de semblables clauses sont nulles d'après la loi française, mais il décida qu'une telle convention conclue et exécutoi-

re à l'étranger, dans un pays qui en admet la validité, est régie par la loi étrangère et doit être déclarée valable par application de la règle : *locus regit actum*.

La solution est excellente. Mais se justifie-t elle par la règle : *locus regit actum* ? Nous ne le pensons pas. Cette règle ne concerne en effet que la *forme* des actes. La validité intrinsèque des actes se détermine autrement. C'est en principe la volonté des parties contractantes qui fixe la loi applicable. A défaut d'une manifestation expresse ou tacite de la volonté des parties, on admet en général que, lorsqu'elles ont la même nationalité il convient d'appliquer leur loi nationale, ou, dans certains cas, celle de leur domicile. Si les parties sont de nationalité différente, le système le plus ordinairement suivi consacre la prééminence de la loi du pays où le contrat a été conclu (Weiss. traité de droit international privé t. IV, p. 346. Cass. 6 février 1900. S. 1900-1-161 et la note de M. Lyon-Caen). Cependant la loi étrangère ne devrait pas être sanctionnée en France si elle violait une règle qui y fût considérée comme d'ordre public (Civ. Cass. 12 juin 1894 D. 95-1-41).

C'est dans ces considérations que se trouve la véritable justification de l'arrêt de la Cour de Douai. La clause compromissaire est nulle en France, suivant l'interprétation que notre jurisprudence donne de l'art. 1006 c. p. c, Mais cette nullité n'y est pas considérée comme d'ordre public. Par suite une telle clause conclue en Belgique doit, en supposant que la loi belge soit applicable en principe, ce qui était le cas dans l'espèce, être admise par les tribunaux français, puisque la jurisprudence belge interprète l'art. 1006 dans un sens favorable à la clause compromissaire.

La même solution a été adoptée par un arrêt de notre Cour de cassation du 21 juin 1904 (S. 1906-1-22) et par la

Cour d'Alger le 21 décembre 1907 (S. 1909-2-163). Il s'agit dans ce dernier cas d'une clause compromissoire conclue en Angleterre, pays dont la législation reconnaît la validité de cette clause.

SECTION V

Attitude de la doctrine

Il est bon, avant de clore cette étude de la jurisprudence, de la confronter rapidement avec la doctrine.

La grande majorité des auteurs condamnent la thèse des tribunaux et défendent la légalité du pacte compromissoire (MM. Glasson et Tissier, loc. cit. Molinier, Rev. de Jurisprudence, p. 215, Pardessus, Droit commercial. V. n° 1391. Carré et Chauveau VI question 3274 et 3279 bis Rodière t. II Mongalvy t. I). Ils ont compris la faiblesse de l'argument tiré de l'art. 1006 et ils ont légitimé notre stipulation au nom du principe de la liberté des conventions. Ils se sont également rendu compte des exigences de notre époque où la rapidité dans la solution des affaires devient une absolue nécessité. Cette rapidité serait largement facilitée par l'extension de l'arbitrage grâce à l'usage consacré de la clause compromissoire.

Dans le sens de la jurisprudence, on peut noter l'opinion de Merlin (Questions de droit. V. arbitrage § 15 qui a exercé, croyons-nous, une grande influence sur les tribunaux. « Si la clause d'un contrat par laquelle les parties s'engagent à nommer des arbitres pour statuer sur les difficultés qui en naîtront, était obligatoire comme promesse de compromettre, dit cet auteur, il faudrait aussi nécessairement considérer comme tel tout acte par

lequel, sur un différend déjà né, les parties s'obligeraient à nommer conjointement des arbitres pour le juger ; et alors que deviendrait l'art. 1006 C. p. civ. ? »

M. Garsonnet professe la même théorie par ce motif que la clause compromissoire « implique un sacrifice dont les parties ignorent l'étendue au moment où elles la font, peut-être à la légère », et par cette autre raison que l'art. 332 du code de commerce n'autoriserait exceptionnellement la clause dont il s'agit qu'en matière d'assurances maritimes (Garsonnet, t. VIII p. 385 et s.).

Enfin citons dans le même sens : Championnière : Revue de législation 1843 t. XVII, p. 241, et Bourbeau : Théorie de la procédure civile, t. VI, p. 519.

CHAPITRE IV

Validité de la clause compromissoire

L'argument capital invoqué contre la clause compromissoire est l'article 1006 du code de procédure civile. Le compromis, dit ce texte, désignera les objets en litige et les noms des arbitres à peine de nullité. Or l'on raisonne de la manière suivante : la clause compromissoire ne peut pas faire connaître l'objet du procès puisqu'il n'existe pas encore, ni même désigner les arbitres, puisque les pouvoirs de ceux-ci doivent être limités à un certain temps.

L'argument a été présenté avec toute sa force par M. Championnière en 1843, et il est, depuis cette époque demeuré presque identique à travers toutes les décisions de la jurisprudence.

« Dans l'article 1006, dit M. Championnière (1), le législateur fait tout autre chose que de constater l'imperfection du compromis lorsque l'objet du litige et les noms des arbitres ne sont pas désignés. S'il n'avait eu que cette intention, il aurait dit comme pour la vente : le compromis est parfait lorsqu'on est convenu du litige et des arbitres ; ou bien : il n'y a pas de compromis tant que le litige et les arbitres ne sont pas convenus ; ou bien enfin : les arbitres doivent être désignés par les parties. Mais ce n'est pas ainsi qu'il s'exprime : il prononce une nullité. Il y a donc à ses yeux une chose qui existe par elle même et qui subsistera si on ne l'annule ; un acte, une stipulation qu'il est besoin de frapper de nullité qu'il faut anéantir parce qu'on ne veut pas qu'elle ait un effet légal.

C'est qu'en effet l'hypothèse de l'article 1006 suppose nécessairement une promesse, quelque chose que les parties ont stipulé, dont elles sont convenues et qui pourrait être le sujet d'un contrat.

Il est impossible que l'article 1006 trouve son application s'il n'existe pas un acte dans lequel les parties s'engagent à faire juger une contestation par des arbitres. Il est impossible en outre que dans cet acte, elles ne promettent pas implicitement ou expressément de déterminer plus tard l'objet du procès à soumettre à la voie arbitrale et les personnes qui le jugeront. Ainsi l'acte que l'article 1006 frappe de nullité, c'est celui dans lequel les parties ont manifesté l'intention de compromettre, dans lequel elles se sont promis de constituer un tribunal arbitral juge d'un différend qu'elles ont en vue ; enfin c'est celui qui

(1) Revue de législation 1843, t. 17, page 241.

on tient nécessairement une promesse de compromettre plus ou moins prochaine, plus ou moins voisine du compromis lui même, suivant que l'objet du litige est plus ou moins prévu, et le cercle des arbitres à choisir plus ou moins restreint » (1).

En d'autres termes et plus brièvement l'article 1006 ne déclare pas seulement qu'aussi longtemps que l'objet du litige et les noms des arbitres ne seront pas déterminés, le compromis ne se formera pas ; il a une portée beaucoup plus grave et il prononce une nullité. Ce qu'il annule, c'est ce qui existe, c'est-à-dire la convention dans laquelle ne sont désignés ni l'objet du litige ni les noms des arbitres. Or qu'est cette convention, sinon une promesse de compromettre ?

Il ne faut pas distinguer le compromis de la promesse de compromettre. La nullité de l'un a pour conséquence la nullité de l'autre. Il doit du reste en être ainsi. Si la promesse était valable, elle aurait nécessairement pour effet la conclusion d'un compromis ; il y a donc équivalence finale entre le compromis et la promesse de compromettre. L'article 1006 annulant le compromis, doit, par suite logiquement annuler la clause qui a pour but de donner naissance à un compromis, lorsque ses prescriptions ne sont pas observées.

Cette interprétation de l'article 1006 nous semble absolument inexacte. Le législateur n'a pas, dans ce texte, prohibé la clause compromissoire.

La définition même de celle-ci s'y oppose d'abord. Il y a entre la clause compromissoire et le compromis cette

(1) Cf. la même argumentation dans Bourbeau : théorie de la procédure civile, t. 6, p. 519.

différence que le compromis a pour objet un litige actuel, immédiat, certain, alors que la première a pour objet un litige simplement éventuel, et qui ne se produira peut être jamais. On ne peut pas confondre l'un avec l'autre. Par conséquent n'y aurait-il pas une véritable absurdité à soutenir que l'article 1006 a voulu assimiler la clause compromissoire au compromis et imposer les mêmes règles à deux choses aussi essentiellement distinctes ? Comment le législateur aurait-il pu vouloir que la clause compromissoire contint la désignation de l'objet du litige, puisqu'il n'y a point de litige ? Comment aurait-il pu exiger l'indication des noms des arbitres, alors que cette désignation prématurée serait vaine et même impossible, soit parce que les personnes désignées comme arbitres pourraient devenir incapables ou mourir avant d'être appelées à statuer, soit parce que les connaissances et les qualités requises des arbitres ne sont pas les mêmes dans tous les procès ?

Si l'on écarte l'hypothèse de la clause compromissoire, l'article 1006 n'en continue pas moins de recevoir son application.

L'article 1006 vise la forme de l'acte du compromis, et il en indique les mentions indispensables. C'est un texte tout à fait semblable à l'article 61 du même code.

L'article 61, au titre des ajournements, décide que l'exploit d'assignation devra contenir « l'objet de la demande, l'exposé sommaire des moyens, l'indication du tribunal qui doit connaître de la demande, le tout à peine de nullité. »

C'est dans des termes semblables qu'est rédigé l'article 1006. L'un concerne un procès déféré aux tribunaux ordinaires, à l'autorité publique ; l'autre vise un procès soumis à la juridiction arbitrale et privée. Mais les deux

textes disposent en vue d'un litige actuel, existant, certain. La nullité prononcée par ces deux articles s'explique par la même raison. De même qu'un exploit d'ajournement est nul pour vice de forme par application de l'article 61, de même un compromis peut se trouver nul pour infraction aux règles de forme posées par l'article 1006.

L'article 1006 vise non pas la convention elle-même (le « *negotium* ») mais l'acte destiné à prouver le compromis (*instrumentum*). En effet dans l'article 1005, nous lisons l'expression dont use le législateur dans l'article 1006 pour désigner l'acte probatoire. La loi n'a pas pu employer le même mot, dans deux textes immédiatement voisins avec deux sens différents. Les articles 1005 et 1006 se complètent : le premier prescrit une preuve par écrit dans le but que le compromis soit constaté et qu'il n'y ait pas de doute sur son existence. Le second organise la règle et cherche à faire de l'écrit une preuve entière, ne laissant subsister aucune incertitude sur ce que les parties ont exactement voulu, sur les éléments de leur convention. Pour que ce résultat soit atteint, il faut que l'écrit destiné à faire preuve contienne la désignation de l'objet du litige et des noms des arbitres. L'article 1006 ne vise donc que l'instrument rédigé pour prouver le compromis (1).

(1) Molinier : Revue critique, II, page 214.

On peut remarquer en effet que sans cette exigence de la loi les parties auraient souvent négligé d'indiquer dans le compromis l'objet de leur différend. N'auraient-elles pas craint de perdre quelque chose de leurs droits en précisant cet objet ? Par une méfiance naturelle, elles eussent redouté un oubli, une inexactitude, une rédaction vicieuse dans l'exposé de leurs griefs, que la partie adverse leur eût ensuite opposé victorieusement comme une fin de non recevoir, un acquiescement ou un désistement tacite. L'article 1006 fait violence à cette prudence. Il n'est pas impossible non plus qu'un compromis soit muet sur les noms des arbitres. Une question litigieuse se

Cette interprétation de l'article 1006 est parfaitement claire. Le texte précédent décidé que le compromis ne se prouve que par écrit ; l'article 1006 indique ce que devra mentionner cet écrit.

L'interprétation contraire attribuée aux mots un sens vraiment étrange et au législateur bien peu de clarté. En effet elle soutient en réalité que ces mots de l'article 1006 : « le compromis contiendra le nom des arbitres et l'objet du litige » signifient : la promesse de compromettre est nulle. Alors même que la formule législative se prêterait à cette dernière interprétation, il faudrait préférer la nôtre qui est évidemment la plus claire et la plus logique. Car c'est un principe même de l'interprétation qu'entre deux manières d'entendre un même texte, il y a lieu de choisir la plus simple. Or il serait vraiment extraordinaire que les rédacteurs du code de procédure aient employé des expressions aussi détournées et aussi lointaines de l'idée à exprimer, que celles de l'article 1006, pour porter une prohibition si facile à exprimer directement. Si le législateur avait voulu interdire la clause compromissoire, il n'est point douteux qu'il aurait dit purement et simplement : la clause compromissoire est nulle.

L'article 1006 ne prouve donc absolument rien contre cette clause, et d'autant moins que, comme nous l'avons

pose : les deux adversaires sont d'accord pour compromettre. Afin de s'assurer le bénéfice de l'arbitrage et de se lier mutuellement, ils signent de suite l'acte par lequel ils conviennent de s'en rapporter à des arbitres. Quant à ceux-ci, ils seront nommés plus tard, on se réserve de les choisir. Les parties veulent auparavant réfléchir sur le choix, s'assurer du consentement d'une personne qu'elles désirent pour arbitre, de leur adhésion mutuelle, exercer librement et en connaissance de cause leur droit de récusation. C'est cette lacune du compromis qui permet à l'une des parties d'en invoquer ensuite la nullité.

remarqué, cette clause figurait dans des contrats très nombreux à l'époque de la rédaction du code de procédure, et que nul à ce moment, n'en contestait la légitimité (1).

A côté de l'argument principal que nous venons de réfuter, contre la validité de la clause compromissaire, on a cru pouvoir placer un autre argument que l'on a tiré *a contrario* des termes de l'article 332 du code de commerce. Cet article 332 indique les mentions que doit contenir l'acte écrit destiné à constater le contrat d'assurance maritime. Or dans son dernier paragraphe, ce texte décide que l'acte dont il s'agit exprime :... « la soumission des parties à des arbitres, en cas de contestation, si elle est convenue. »

Cette disposition vise manifestement la clause compromissaire. Cela n'est pas contestable et n'a jamais été mis en doute. Aucun auteur ni aucun arrêt n'a jamais hésité à admettre la validité de la clause dont il s'agit en matière d'assurances maritimes (2). Mais les partisans de la nullité de la clause en thèse générale qui n'admettent sa légitimité que dans le domaine strict de l'article 332. C. Co, se sont demandé si elle serait valable dans un traité de réassurance maritime (3). On décide généralement que la réassurance n'étant qu'une variété de l'assurance comporte, comme cette dernière, la clause compromissaire. « La clause compromissaire, disent MM. Lyon-Caen et Renault (4), s'applique-t-elle au cas devenu très fréquent

(1) Dalloz. J. G. Arbitrage n° 454.

(2) Lyon Caen et Renault. Traité de droit commercial t. 6 n° 1198 bis et 120.

Alauzet. Assurances maritimes. t. 1, n° 20.

C. Com. annoté (Darras) art. 332. nos 68 et suiv.

Cass. 27 novembre 1860 S. 1862. 1. 159.

Cass. 13 mars 1889 S. 1889. 1. 200.

(3) Lyon Caen et Renault. *ibid.* n° 1198 bis et 1210.

(4) *Ibid.* n° 1210.

où il s'agit d'un traité de réassurance, c'est-à-dire d'une réassurance applicable non à des risques déterminés individuellement, mais à tous les risques que le réassureur prendra à sa charge ? Oui, car ce sont des contrats de réassurance. Or, dans ces contrats, la clause compromissoire est admise. On prétend qu'il n'y a assurance qu'autant qu'il y a des objets assurés. Nous ne voyons pas sur quoi on peut fonder une telle affirmation. Il est vrai qu'à l'époque à laquelle le code de commerce a été rédigé, on ne connaissait que des réassurances s'appliquant à des risques précis dont le réassuré s'était entièrement chargé.

Mais qu'importe ! Les polices flottantes et les polices d'abonnement sont bien considérées comme des polices d'assurances maritimes et pourtant elles sont relatives à des risques indéterminés à courir. Il y a contrat d'assurance que les choses assurées soient déjà exposées aux risques de mer, ou qu'elles ne doivent y être exposées que par la suite ; l'assurance ne suppose donc pas des risques actuels ou déterminés par avance. Pourquoi n'en serait-il pas de même de la réassurance ? En définitive le contrat renferme toujours les mêmes éléments ; les conditions en sont seulement un peu modifiées par suite des besoins nouveaux du commerce. »

La jurisprudence est dans le même sens et décide que la clause compromissoire est valable, par application de l'article 332 C. Co. au cas de traité de réassurances maritimes, et que les réassurances consenties à l'occasion de l'assurance *in quo vis* et des polices d'abonnement, sont soumises aux mêmes règles que les autres assurances. (Cass. 19 juin 1900. Jurisp. Nantes 1900, 1, 438).

Mais faut-il reconnaître la légitimité de la clause compromissoire en dehors du domaine de l'article 332 du code de commerce ? Non, ont répondu certains auteurs, et ils

ont cru pouvoir déduire cette solution, *a contrario*, de l'article 332 lui-même.

Le législateur, par cela même qu'il l'aurait autorisée dans les contrats d'assurance maritime aurait manifesté l'intention de l'interdire dans tous les autres contrats (1).

A cela MM. Glasson et Tissier (2) répondent qu'il ne faut tirer aucun argument d'une disposition spéciale contenue dans le code de commerce pour la solution de la question plus générale de savoir si, en principe, la clause compromissoire est valable.

Mais nous estimons qu'on peut encore aller plus loin et considérer que bien loin de supposer la nullité d'une telle clause, la disposition de l'article 332 en implique au contraire la possibilité dans notre droit.

Le raisonnement *a contrario* qu'on a tenté de puiser dans l'article 332 repose en effet sur un fondement erroné. Ce texte n'autorise pas la clause compromissoire, dans la matière des assurances maritimes. Il la mentionne, ce qui n'est pas la même chose. Car l'admission dans cette matière particulière pourrait peut-être à la rigueur s'interpréter comme une exception à une prohibition générale, tandis que la simple mention ne met pas en question la validité de la clause. En d'autres termes en disant que : « le contrat d'assurance... exprime... la soumission des parties à des arbitres si elle a été convenue... », le texte ne déclare pas la clause valable, à proprement parler ; mais il la suppose telle. La clause de soumission aux arbitres, ou clause compromissoire, figure au nombre des diverses autres clauses qui peuvent être insérées dans un

(1) Application de l'adage : *qui dicit de uno negat de altero*.

(2) Traité de procédure civile.

contrat d'assurances et dont la validité ne peut être contestée, comme la stipulation de la prime d'assurances, et celle du temps auquel la garantie des risques s'appliquera.

Le texte se termine d'ailleurs par ces mots : « et généralement toutes les autres conditions dont les parties sont convenues. » Il est bien certain que si le législateur avait voulu apporter, en ce qui concerne la clause compromissoire, une exception à une prohibition générale il ne se serait pas exprimé dans les termes de l'article 332. Cette disposition du code de commerce loin de fournir aux adversaires de notre clause l'argument *a contrario* qu'ils se sont efforcés d'en tirer, se retourne au contraire contre eux, et si on l'interprète grammaticalement et sainement, apporte un argument en faveur de la clause.

CHAPITRE V

Validité de la clause compromissoire

(suite)

Jusqu'ici nous avons établi la légitimité de la clause compromissoire par une méthode pour ainsi dire négative, en réfutant les arguments de divers ordres qui ont été dirigés contre elle. Nous allons maintenant nous efforcer d'établir d'une manière positive et directe cette légitimité.

A vrai dire, nous avons déjà touché cette preuve directe en montrant que la contexture de l'article 332 du code de commerce permet d'affirmer que le législateur commercial a mentionné notre clause comme une convention licite ;

nous y avons aussi touché lorsque nous avons dit que la clause en question ne présente rien de contraire à l'ordre public. Mais le moment est venu de procéder à la démonstration générale et positive de la validité de la clause compromissaire.

Notre droit est dominé par le principe de la liberté des actes juridiques en général et des conventions en particulier. Cette règle capitale n'est formulée nulle part en termes généraux dans nos lois, mais son existence est certaine. Portalis l'a proclamée dans le livre préliminaire du code civil en disant : La loi répute licite tout ce qu'elle ne défend pas, (titre 4 article 8). D'autre part l'article 1134 C. Civ. fait une application de cette règle fondamentale, aux conventions en disposant que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

La liberté des actes juridiques, et spécialement des conventions, constitue donc la règle. La volonté ne cessera d'être autonome et toute puissante que lorsque la loi aura dressé devant elle certains obstacles. Or les limitations à la liberté des engagements résultent soit d'une prohibition particulière, soit de la prohibition générale de l'article 6 du code civil, aux termes duquel on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.

Cela étant il est manifeste que la clause compromissaire est parfaitement licite. En effet nous venons de voir, dans le chapitre précédent, qu'aucune disposition légale n'interdit cette stipulation.

D'autre part cette clause ne se heurte pas à la prohibition générale de l'article 6 C. Civ. L'arbitrage est permis, favorisé, organisé par la loi. Or la clause compromissaire

est une promesse d'arbitrage. Promettre de faire ce que la loi invite formellement à faire, n'a évidemment rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

La clause compromissoire est donc une « convention légalement formée », et doit en conséquence être libre. Il est si évident que cette convention n'a rien de contraire à l'ordre public, que la jurisprudence, bien qu'elle en déclare à tort la nullité, reconnaît néanmoins que cette nullité n'est pas d'ordre public et peut être couverte par une exécution volontaire des parties. C'est ce que nous avons noté dans l'historique.

Après avoir validé la clause compromissoire au nom du principe fondamental de la liberté des conventions, on pourrait songer à invoquer en sa faveur l'article 1130 du code civil. Ce texte décide que : les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. Mais il n'y a là en réalité, aucun point d'appui sérieux pour notre théorie. Les conditions dans lesquelles deux contractants stipulent une clause compromissoire ne nous placent pas en face d'une « chose » au sens juridique de ce mot, mais bien d'une contestation possible ; en outre cette contestation n'est pas *future* mais éventuelle.

Un argument plus sérieux doit être tiré de l'article 1013 du code de procédure civile qui suppose qu'un arbitrage volontaire peut devenir forcé, puisqu'il dit que le décès de l'une des parties ne met pas fin au compromis à l'égard des héritiers majeurs, c'est-à-dire à l'égard de personnes qui n'ont pas souscrit le compromis. *A fortiori* deux contractants majeurs peuvent-ils se soumettre à un arbitrage qui deviendra forcé lorsqu'un litige viendra à surgir entre eux.

L'article 1013 C. p. c. prouve la faveur législative pour

l'arbitrage. Sans doute la loi se défie du compromis pour les mineurs, à cause de leur inexpérience mais lorsqu'il s'agit de personnes majeures, maîtresses de leurs droits et pourvues d'expérience, elle est dans cette disposition, nettement favorable à l'extension de la juridiction arbitrale.

C'est qu'en effet, l'arbitrage présente des avantages incontestables et qui ont, après les textes la valeur d'une preuve directe de la validité de la clause compromissoire.

L'utilité de l'arbitrage est peut-être avant tout dans la rapidité apportée à la solution du litige. Un jugement est long à obtenir. Une sentence arbitrale est plus vite rendue : *utilitas arbitrii in promptu est ; judicium namque res longa est*, disait Doneau (1).

En outre l'arbitrage permet aux parties litigantes, d'échapper aux lenteurs, aux ennuis et aux frais de la procédure devant les juridictions ordinaires ; elle peut aussi leur permettre, parfois, d'échapper à la partialité ou à l'hostilité d'un juge. Enfin les juges soucieux de leurs devoirs et préoccupés de rendre la bonne justice — c'est l'immense majorité, — sont bien souvent absorbés par une multitude d'affaires que la complexité croissante des relations sociales et le progrès du commerce font affluer vers les tribunaux. Leur attention est nécessairement éparpillée, fatiguée, et ils tendent involontairement, et malgré la meilleure foi de leur part, à négliger le procès de tel ou tel plaideur qui leur paraît moins important ou moins intéressant. L'arbitre qui n'est pas un juge professionnel, et qui n'est pas envahi, comme le magistrat par

(1) *De jure Civili* livre 28, chap. 10 § 2.

le flot montant des litiges, peut apporter à la solution d'une affaire une réflexion plus longue, plus attentive, ainsi que les lumières de ses connaissances techniques. Aussi ne peut-on voir qu'avec faveur la clause compromissoire qui dès la conclusion d'un contrat manifeste la sagesse qu'ont eu les parties de s'en rapporter à des arbitres, qu'elles désigneront si quelque litige survient entre elles. Si l'arbitrage présente les avantages que nous venons d'esquisser, la promesse de compromis, qui le prépare, doit être pleinement approuvée. Et il n'y a pas à craindre ainsi qu'on l'a dit parfois, que la clause compromissoire devenant de style, la juridiction ordinaire soit désertée.

Ainsi que l'a écrit M. Declareuil (thèse Paris 1887) ce n'est là qu'un danger chimérique. On ne déserte une juridiction que lorsqu'il y a quelque raison pour cela, quand des nécessités économiques l'exigent, ou quand la confiance en ses jugements a disparu. Au surplus il y a nombre de contestations qui ne peuvent être tranchées par des arbitres, et la juridiction contentieuse des tribunaux n'a rien à redouter de la concurrence de l'arbitrage, qui est plutôt pour elle un auxiliaire utile qu'un rival dangereux.

CHAPITRE VI

Conditions de validité de la clause compromissoire

La clause compromissoire est soumise au droit commun des conventions et aux conditions générales de validité prescrites par la loi. Mais cette constatation ne suffit pas.

Il faut en effet noter ce qu'il y a d'essentiel dans la clause compromissoire, c'est-à-dire qu'elle est la préparation d'un compromis. Si quelque litige surgit entre les parties, elles sont liées ; la convention qu'elles ont librement et légalement passée leur tient lieu de loi (art. 1134 C. C.) ; elles sont donc obligées de faire un compromis. Or, le compromis exige une capacité plus grande que celle requise pour un contrat en général, et d'autre part, il y a des matières sur lesquelles il n'est pas permis de compromettre. Dès lors deux questions se posent :

1° Faut-il, pour conclure une clause compromissoire avoir la même capacité que pour compromettre ?

2° N'y a-t-il pas des matières sur lesquelles il n'est pas plus permis de passer une clause compromissoire que de compromettre ?

Nous allons examiner successivement ces deux points dans les deux sections suivantes :

SECTION I. — CAPACITÉ REQUISE POUR CONCLURE UNE CLAUSE COMPROMISSOIRE

Le compromis est une convention d'une gravité particulière. Aussi l'article 1003 C. pr. civ. exige-t-il comme condition de sa validité, non seulement la capacité de s'obliger chez les contractants, mais encore celle de disposer librement du droit litigieux. Il en résulte d'abord que, pour compromettre, il faut avoir la capacité de plaider ; car le compromis aboutit à une décision produisant dans une certaine mesure les effets d'un jugement. Il en résulte ensuite que les personnes frappées d'une incapacité générale ne pourront jamais compromettre, que les personnes

dont la faculté de disposer est restreinte à certains biens ne pourront compromettre qu'en ce qui concerne ces biens ; que si la capacité d'une personne est soumise à l'observation de certaines formes ou au concours d'une autre personne la validité du compromis fait par elle sera soumise aux mêmes conditions.

Or la clause compromissaire prépare le compromis. Faut-il dès lors exiger de ceux qui passent une clause compromissaire la même capacité renforcée que de ceux qui compromettent ? La solution peut paraître embarrassante dans le silence absolu des textes du code de procédure civile sur notre clause. Nous croyons néanmoins qu'il n'est pas malaisé de la découvrir à l'aide des principes généraux. La question doit être examinée sous plusieurs aspects, suivant la situation différente des personnes incapables de compromettre.

Les personnes incapables de compromettre en vertu de l'art. 1003 peuvent être réparties en deux catégories : les représentants d'autrui, les incapables proprement dits (mineurs, interdits, femmes mariées).

Examinons séparément la condition de ces deux classes de personnes.

En premier lieu tous ceux qui agissent pour autrui sont incapables de compromettre. Ainsi le mandataire ne peut valablement compromettre s'il n'est muni d'un pouvoir spécial à cet effet (Cass. 27 juin 1881, Sirey 1883, 1, 165). En effet le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration (art. 1988 C. Civ.) Or le compromis implique un pouvoir de disposition. Il en est de même de tous les représentants d'autrui, tuteurs, curateurs, envoyés en possession provisoire, administrateurs des biens d'une personne placée dans un établisse-

ment d'aliénés. Le tuteur ne pourrait compromettre même avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, car ces formalités ne lui enlèveraient pas sa qualité de représentant. Cette qualité ne permet pas de disposer librement des biens dont la gestion lui est confiée. Le représentant administre pour le propriétaire ; or, pour compromettre sur des biens quels qu'ils soient, il faut être absolument maître d'en disposer, et par suite de les exposer à tous les aléas d'un arbitrage. Eh bien les représentants d'autrui incapables de compromettre, seront également incapables de conclure une clause compromissoire, puisque celle-ci serait destinée à les mettre éventuellement dans la nécessité de compromettre. Ne pouvant faire de compromis sur les biens dont ils ont la gestion, ils ne peuvent promettre de le faire. On ne peut promettre de faire ce que la loi défend.

En second lieu les personnes incapables d'administrer leurs biens, le mineur, l'interdit judiciairement ou légalement, ne peuvent pas compromettre. Le mineur émancipé n'est pas absolument incapable. Il jouit de la même capacité qu'un majeur à l'égard de certains biens. Il peut disposer de ses revenus (argument act. 481 C. Civ.) ; il peut intenter seul une action mobilière ou y défendre, car la loi ne lui impose l'assistance de son curateur qu'en ce qui concerne les actions immobilières (article 482 C. Civ.) Le mineur émancipé peut donc compromettre sur ses revenus. Mais à l'égard des biens dont il ne peut disposer, le mineur émancipé est frappé de la même incapacité que le mineur en tutelle. Même avec le consentement de son curateur il ne pourrait conclure un compromis (art. 83 et 1004 C. pr. civ.) Il est certain d'ailleurs qu'un mineur émancipé commerçant, réputé majeur pour les faits

relatifs à son commerce, peut valablement passer un compromis relativement à ses affaires commerciales. Le prodigue ou le faible d'esprit pourvu d'un conseil judiciaire ne peut aliéner ni plaider sans l'assistance de son conseil (article 513 C.C.) Il ne peut donc pas compromettre seul, mais uniquement avec l'assistance de son conseil.

La femme mariée ne peut, en principe, aliéner sans l'autorisation de son mari ; il lui faut donc la même autorisation pour compromettre.

Pour ces divers incapables, doit-on raisonner comme pour les représentants d'autrui, et dire qu'étant incapables de compromettre ils sont également incapables de faire une promesse de compromis ? Sans doute, mais il faut tenir compte du caractère différent des nullités qui sanctionnent l'incapacité de compromettre.

Lorsqu'un compromis a été passé par un représentant d'autrui, il n'est pas seulement annulable, il n'existe pas. Le représenté se trouve juridiquement en présence d'un acte passé par un tiers. Une personne qui agit sans pouvoirs ne peut pas obliger celui pour le compte duquel elle prétend agir, ni sa contre-partie. Il n'y aura donc aucun lien formé entre le représenté et l'autre partie. Le contrat synallagmatique qu'est le compromis ne peut, par suite exister, faute de consentement (1). Il n'en serait autrement qu'en cas de ratification par le représenté. Ces considérations s'appliquent à la promesse de compromettre avec autant de force qu'au compromis lui-même. Il y aura donc inexistence de la clause compromissoire passée par le représentant sauf ratification du représenté.

(1) Larombière I. p. 177. Aubry et Rau iv p. 651, Cass. 14 mai 1829, Sirey 1829, I, 223.

Mais que faut-il décider en ce qui concerne la clause compromissaire passée par un incapable proprement dit (mineur, interdit), pour les biens et dans la mesure où il n'a pas la capacité de compromettre ? La nullité qui sanctionne cette incapacité est alors relative, puisqu'elle a pour but la protection de l'incapable. On reconnaît en effet généralement que l'article 1125 du code civil s'applique au compromis aussi bien qu'aux autres contrats.

Il en résulte que, lorsqu'un mineur, un interdit ou une femme mariée a compromis avec un adversaire capable, ce mineur, cet interdit ou cette femme mariée pourra seul, quand il sera devenu capable, se prévaloir de la nullité, et que, d'autre part, il pourra la couvrir en confirmant le contrat (1).

Mais il reste à savoir si la partie capable qui a passé un compromis avec un mineur, un interdit ou une femme mariée pourra, aussi longtemps que la décision arbitrale ne sera pas rendue, demander que le compromis soit légalement ratifié ou qu'il demeure sans effet ? Nous croyons devoir répondre par la négative. L'adversaire de la personne au profit de laquelle la nullité est ouverte ne peut demander ni la nullité ni la ratification. En effet le compromis est formé. Or l'article 1125 du code civil doit, après la conclusion du contrat recevoir une application rigoureuse, et l'incapable peut disposer à son gré de son adversaire. La solution contraire conduirait à effacer la nullité relative et à la transformer en nullité absolue puisque l'annulation pourrait être demandée par les deux parties.

(1) Cass. 14 février 1849. Sirey 1849, I, 367.
Cass. 3 mars 1863. Sirey 1863, I, 119,
Aix 17 novembre 1870. Dalloz P. 1872, 5, 28.
Dalloz-Répertoire, V^o arbitrage nos 292 et 299.

Ces règles devront être suivies lorsqu'il s'agira de la clause compromissoire. Un incapable, un mineur par exemple, a promis de compromettre ; et il n'avait pas plus ce droit qu'il n'avait le droit même de compromettre. Le mineur devient majeur. Quelle sera sa situation ? Il aura le choix entre deux partis : ou se prévaloir de la nullité, de telle sorte que la clause compromissoire sera non avenue et que son adversaire sera contraint de le suivre devant la juridiction publique ; ou confirmer la clause compromissoire, de telle sorte qu'il sera obligé, d'accord avec son adversaire, de faire un compromis. Ces solutions sont logiquement déduites du caractère relatif de la nullité.

SECTION II. — MATIÈRES EXCLUANT LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

Certaines contestations sont, à cause de leur nature et de leur importance vis-à-vis de la Société ou des parties elles-mêmes exclues du domaine de l'arbitrage. Le législateur a voulu que ces litiges fussent entourés de toutes les garanties que présentent les juridictions publiques des différents degrés, et les modes ordinaires d'instruction. La plupart de ces affaires sont communicables au ministère public.

L'article 1004 décide qu'on ne peut compromettre sur les dons et legs d'aliments, logement et vêtements ; sur les séparations d'entre mari et femme, divorces, questions d'état, ni sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. Les causes communicables au ministère public sont, d'ailleurs, énumérées dans l'article 83 C. p. c.

Or, si l'on ne peut compromettre relativement à ces objets, on ne peut pas davantage faire quant à eux une promesse de compromettre. La raison en est évidente : c'est qu'on ne peut promettre de faire ce qui est défendu par la loi.

C'est ainsi que le créancier et le débiteur d'une dette alimentaire résultant d'une libéralité ne pourraient pas, au moment où commence le service des arrérages de cette dette, convenir que si quelque difficulté surgit entre eux à l'occasion de leur obligation alimentaire, ils auront recours à un compromis.

Un mari et sa femme ne pourraient pas se promettre qu'au cas où les intérêts pécuniaires de l'épouse seraient en péril, ils feraient un compromis en vue de soumettre leur litige à des arbitres et de faire prononcer par eux leur séparation de biens.

Il en serait enfin de même si la promesse de compromettre avait pour objet l'éventualité d'une contestation communicable au ministère public.

Il sera possible aux parties, lors de la conclusion du contrat dans lequel elles ont l'intention d'insérer la promesse de compromettre, de se rendre compte si le litige éventuel qu'elles ont en vue rentre ou non dans la prohibition de compromettre de l'article 1004.

Si elles n'avaient pu prévoir ce caractère du litige éventuel, la clause compromissoire n'en serait pas moins nulle. Car l'article 1004 est une disposition d'ordre public. La nullité qu'il édicte est absolue, et ne pourrait être couverte par aucune ratification.

CHAPITRE VII

Preuve de la Clause compromissoire

Le compromis est un contrat qui doit être prouvé par écrit. L'article 1005 C. pr. civ., décide en effet qu'il pourra être fait par procès-verbal devant les arbitres, ou par acte devant notaire ou sous signatures privées.

Le compromis étant destiné à mettre fin à un litige ne doit pouvoir être invoqué que lorsque son existence est certaine. Il ne faut pas qu'un doute, une contestation nouvelle puisse s'élever sur la question de savoir si un compromis a été conclu ou non. On peut dire à cet égard du compromis ce que disait le tribun Albisson à propos de la transaction : « La transaction devant terminer un procès, c'eût été risquer d'en faire naître un nouveau que d'en laisser dépendre l'effet de la solution d'un problème sur l'admissibilité ou le résultat d'une preuve testimoniale » (1).

Le compromis ne peut donc jamais être prouvé par témoins, alors même que l'intérêt du litige serait inférieur à 150 francs, et quand même il existerait un commencement de preuve par écrit (Cass. 9 juin 1838. D. 69-1-85). Car, même s'il existe un commencement de preuve par écrit, il peut y avoir doute sur l'existence du compromis.

(1) Locré, t. XV, p. 431.

Il peut même s'élever des contestations au sujet de la pièce destinée à servir de commencement de preuve.

Les modes de preuve admis dans les hypothèses où la loi exige un écrit peuvent d'ailleurs être employés en matière de compromis. Le compromis pourra donc être prouvé au moyen de l'aveu ou du serment (1).

On peut se demander si la promesse de compromettre doit obligatoirement être faite par écrit.

Nous croyons qu'il faut répondre par l'affirmative.

Cette solution nous semble commandée, non pas par le texte de l'article 1006, qui, nous l'avons établi, ne vise pas la clause compromissoire, mais bien par la considération de l'esprit de la loi en toute cette matière.

Les mêmes motifs qui conduisent à exiger un écrit pour la preuve du compromis doivent faire exiger un écrit pour la preuve de la promesse de compromettre.

Ceci en effet a pour but de préparer le compromis. Elle indique la volonté des parties de se soustraire aux juridictions ordinaires. Or, il ne faut pas que, quelque litige survenant, il y ait doute sur le point de savoir si les contractants se sont, ou non, promis de compromettre ; sans quoi toute l'utilité de la clause compromissoire s'évanouirait. Un procès naîtrait sur la question de l'existence de la convention, de telle sorte que les parties, qui auraient voulu éviter l'audience, seraient, par la force des choses, entraînées à l'audience.

La preuve de la clause compromissoire pourra donc résulter d'un écrit tel qu'un acte notarié ou un acte sous seings privés.

(1) Riom, 4 mai 1861. D. 61-2-129 et note Cass. 9 juin 1868 D. 69-1-85.

Si elle est faite par acte sous seings privés (et cette preuve existera par le seul fait de l'insertion de la clause dans le contrat passé entre les parties), l'acte doit remplir les conditions de l'article 1325 du Code civil. Néanmoins la nullité résultant de ce qu'il n'aurait pas été rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant des intérêts distincts pourrait être couverte par l'exécution volontaire de la clause compromissaire. Mais, à défaut d'une telle exécution, aucune autre preuve ne serait possible; c'est ainsi qu'on ne serait pas autorisé à considérer un original unique comme un commencement de preuve par écrit susceptible de faire admettre la preuve testimoniale.

La preuve de la clause compromissaire pourrait d'ailleurs résulter d'un écrit autre qu'un acte notarié ou qu'un acte signé par les parties. Ainsi deux plaideurs, en se désistant d'une instance devant un tribunal, et en déclarant qu'ils feront un compromis, feraient une promesse valable, pourvu que le tribunal leur donne acte de leur consentement mutuel. Une solution identique a été admise en matière de constatation du compromis lui-même (Dalloz, Répertoire V^o arbitrage n° 371). L'assentiment des avoués, au nom de leurs clients, à une clause compromissaire, ferait d'ailleurs foi jusqu'à désaveu.

Il se présente enfin, au sujet de la preuve de la clause compromissaire, la même question que sur la preuve du compromis lui-même. Une promesse de compromettre serait-elle suffisamment établie par l'insertion qu'en aurait fait un juge de paix dans un procès-verbal de conciliation non signé des parties? On pourrait le contester en disant que l'acte dressé par un officier public en dehors de ses attributions n'est pas un acte authentique, et, d'autre part, qu'il n'entre point dans les fonctions du juge de

paix de recevoir des actes contenant des conventions entre les parties. La jurisprudence s'est cependant prononcée, en matière de compromis, pour l'affirmative (Cass. 11 février 1824. Dalloz, Rép. V. arbitrage n^{os} 428 et 862 ; Bordeaux 5 février 1830. *ibid.* V. obligation n^o 1877, 3^e; Toulouse, 25 juin 1831, *ibid.* V. arbitrage n^{os} 426 et 427). Mais il faut remarquer que dans les espèces solutionnées par ces arrêts, on peut relever des actes d'exécution du compromis. La nullité aurait donc été couverte. Mais en l'absence de toute exécution, nous pensons qu'il faudrait refuser la force probante de la clause compromissoire à une mention faite par le juge de paix dans un procès-verbal de conciliation non signé des parties. Car ce magistrat n'est pas véritablement un juge, mais bien plutôt un conciliateur ; il ne peut donc pas donner acte aux parties de leur promesse mutuelle de compromettre. Sans doute l'article 54 du Code de procédure civile dit que les conventions des parties insérées au procès-verbal ont force d'obligation privée, mais ce texte suppose que les deux adversaires ont apposé leur signature au bas de ce procès-verbal (1).

CHAPITRE VIII

Effets de la clause compromissoire

La question des effets d'un acte juridique est en relation intime avec celle de sa nature. Il nous faut donc préciser la nature de la clause compromissoire, puis en déduire les conséquences.

(1) Rennes, 18 mars 1837. Dalloz, Rép. V. Conciliation n^o 353.

Nous avons déjà noté qu'il serait faux de dire que la clause compromissoire est un compromis sous condition suspensive. L'événement prévu se réalisant, le litige survenant, la clause compromissoire ne se trouve pas par ce fait seul transformée en compromis. La naissance du procès n'a pas, vis-à-vis de la clause compromissoire, les mêmes effets que la réalisation de la condition vis-à-vis d'un contrat conditionnel. La clause compromissoire engendre une *obligation de faire* : celle de nommer éventuellement des arbitres et de leur soumettre le litige en rédigeant un compromis.

On ne pourrait donc objecter à notre théorie de la validité de la clause compromissoire que cette validité est une illusion, sous le prétexte que l'une des parties pourra quand il lui plaira, mettre obstacle à son exécution.

On ne pourrait nous dire que l'une des parties litigantes pourra se refuser systématiquement et indéfiniment à choisir des arbitres parmi ceux dont on lui présentera les noms.

A cela nous pourrions d'abord répondre que, de ce qu'une personne peut en fait mettre un obstacle infranchissable à l'exécution d'une convention qu'elle a formée, il n'en résulterait point que cette convention fût nulle juridiquement.

Mais en réalité il ne dépend pas de l'une des parties qui ont signé la clause compromissoire de s'en dégager à son gré et d'en rendre impossible l'exécution. Car cette clause contient une obligation de faire sanctionnée, comme toutes les obligations de ce genre, par une action en justice.

Comment l'une des parties ayant conclu la clause compromissoire arrivera-t-elle malgré la résistance de l'autre, à faire exécuter cette clause ?

Il faut d'abord à cet égard interroger le droit commun. Or, on sait que la jurisprudence a mis à la disposition des créanciers d'une obligation de faire un moyen très énergique de vaincre la résistance de leurs débiteurs. Ce procédé est celui des astreintes. L'astreinte est une condamnation pécuniaire prononcée à raison de tant par jour de retard. La menace d'une indemnité considérable à payer agit puissamment sur la volonté du débiteur. C'est une véritable peine qui est prononcée contre lui, mais seulement à titre comminatoire, c'est-à-dire qu'elle ne sera encourue définitivement qu'au cas où il n'exécuterait pas l'obligation dans un certain délai qui est fixé par le juge (1).

Ce système des astreintes a été critiqué par un certain nombre d'auteurs (2). Mais la jurisprudence qui l'applique paraît inébranlable. C'est qu'en effet il ne faut pas voir dans l'astreinte une indemnité accordée au créancier, ce qui amènerait à la condamner comme étant prononcée à titre de dommages-intérêts hors de proportion avec le préjudice causé, et par suite en violation de l'article 1149 du Code civil, mais bien un moyen de contrainte, qui peut être très légitimement employé par les juges, puisque l'article 1036 C. p. c. leur permet de prononcer des injonctions (3).

La légitimité des astreintes étant reconnue, il faut admettre que leur emploi est licite et possible dans l'exécution de toutes les obligations de faire, et en particulier,

(1) V. sur les astreintes Esmein : L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreintes. *Revue trimestrielle de droit civil* 1903.

(2) Aubry et Rau, t. IV § 299, p. 41. Laurent, t. XVI n° 301. Huc, t. VII n°s 136 et 145. Demolombe, t. XXIV, n° 494.

(3) Planiol. *Droit civil*, t. II, n° 210.

lorsqu'il s'agit de ramener à exécution la clause compromissoire.

La partie récalcitrante pourra donc être condamnée sur la demande de l'autre partie, à une astreinte fixée par chaque jour de retard, si, dans un délai déterminé, elle n'a pas fait un compromis contenant notamment la désignation des arbitres.

Au surplus, què décide encore le droit commun en matière d'obligation de faire ? En principe, ces obligations, au cas d'inexécution par le débiteur se résolvent en dommages-intérêts (art. 1142 C. civ.). Mais lorsqu'il s'agit d'obligations dont l'exécution n'exige pas le fait personnel du débiteur et peut être obtenue sans son intervention, l'article 1144 C. c. décide que le créancier peut obtenir l'accomplissement réel du fait promis aux dépens du débiteur. La partie réclamant l'exécution de la promesse de compromettre pourra, par application de ce texte, faire désigner l'arbitre par le tribunal, et les frais de l'instance resteront à la charge de son adversaire.

A cette solution, on pourrait objecter que la nomination de l'arbitre appartient aux parties. Il faudrait alors répondre que le tiers arbitre adjoint aux autres en cas de partage peut être nommé par le tribunal (argument art. 1018 C. pr. civ.). Or, la situation des parties qui ne s'entendraient pas à propos du choix du tiers arbitre est identique à celle des parties qui ne peuvent se mettre d'accord sur le choix des arbitres primitifs.

La possibilité de cette désignation d'office par le tribunal ne saurait être mise en doute. En effet l'article 332 du Code de commerce, qui mentionne formellement la clause compromissoire en matière d'assurances maritimes, ne peut rester lettre morte. Dans un contrat d'assurances

maritimes où, de l'aveu unanime, la promesse de compromettre est certainement valable, il faut qu'il y ait à cette promesse une sanction. Donc il faut admettre que l'arbitre pourra être nommé par le juge. Ce raisonnement doit légitimement être étendu à la promesse de compromettre en général, puisque nous avons reconnu la validité de celle-ci, en principe, dans tous les contrats.

Il nous reste à rechercher quels sont les effets de la clause compromissoire relativement aux héritiers.

L'article 1013 C. pr. civ. décide ce qui suit :

Le décès, lorsque tous les héritiers sont majeurs, ne mettra pas fin au compromis ; le délai pour instruire et juger sera suspendu pendant celui pour faire inventaire et délibérer.

Cette règle doit être, par identité de motifs, également appliquée à la clause compromissoire.

Il y a lieu d'étudier les effets de la promesse de compromettre relativement aux héritiers majeurs et aux héritiers mineurs.

En ce qui concerne les héritiers majeurs, l'article 1013 précité ne fait que reproduire en matière d'arbitrage le principe posé dans l'article 1122 du Code civil, et suivant lequel les héritiers sont tenus des engagements contractés par leur auteur.

Ainsi pendant les trois mois accordés par l'article 795 du Code civil aux héritiers pour faire inventaire, et les quarante jours pour délibérer, le délai du compromis ne court pas et les arbitres doivent suspendre leurs opérations. Pendant le même délai, les héritiers ne seront pas obligés d'exécuter la clause compromissoire.

L'identité des solutions résulte des motifs de l'article 1036 C. pr. c. Ce motif se trouve dans l'article 797 C. p. c.

Pendant la durée des délais pour faire inventaire et délibérer, dit ce texte, l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité ; il ne peut être obtenu contre lui de condamnation.

La loi accorde aux héritiers un délai pour réfléchir sur le parti qu'ils ont à prendre, et peser les chances du compromis ou de la promesse de compromettre.

Considérons maintenant les héritiers mineurs.

Par argument *a contrario* tiré de l'article 1013 précité, on décide que le décès amène l'extinction du compromis, en présence d'héritiers mineurs.

Pourquoi le législateur a-t-il traité le compromis — et nous pouvons ajouter : la clause compromissoire — autrement que les conventions ordinaires ? Il est très juste que les contrats passés par une personne engagent ses héritiers, et quel danger y a-t-il à craindre, lorsque les héritiers sont mineurs, puisqu'ils ne peuvent accepter la succession que sous bénéfice d'inventaire ? La seule raison qu'on puisse donner de la disposition de la loi sur ce point, c'est que la cause d'un mineur est sujette à communication au ministère public (art. 1003 et 1004). A la vérité cette raison n'a pas grande valeur. On conçoit que le mineur ne puisse ni compromettre ni passer une clause compromissoire, parce qu'il ne doit pas se dépouiller des garanties que lui offre la procédure des juridictions ordinaires. Mais dans l'espèce, le compromis, la promesse de compromettre ont été conclus par un individu parfaitement capable. Quoi qu'il en soit, la loi a statué et doit être appliquée.

CHAPITRE IX

Des Causes d'extinction de l'obligation de compromettre

L'article 1012 énumère un certain nombre de causes qui mettent fin au compromis.

Indépendamment de celles-ci, le compromis s'éteindra toutes les fois que l'obligation elle-même disparaîtra, d'une façon ou d'une autre, par exemple par le paiement, la confusion résultant de la réunion dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur, la condition résolutoire, l'accord mutuel des parties à anéantir le contrat.

Il est manifeste que des causes de même ordre mettront fin à l'obligation de compromettre.

Il est possible que les parties aient promis de compromettre sous une condition résolutoire. Si elles avaient subordonné l'extinction de leur obligation réciproque de compromettre à l'arrivée d'un événement quelconque, et que cet événement vînt à se produire, il y aurait résolution de la clause compromissoire (art. 1483 C, civ.).

Il peut aussi arriver qu'après avoir inséré dans leur contrat une clause compromissoire, les parties renoncent d'un commun accord à leur projet de recourir éventuellement à des arbitres et préfèrent s'en rapporter aux tribunaux. La clause compromissoire sera effacée de l'assentiment (*mutuus dissensus*) des parties.

De même la promesse de compromettre n'aura plus de raison d'être si le contrat, en vue duquel elle a été faite,

n'existe plus ou a reçu sa complète exécution. Ainsi une clause compromissoire insérée dans un contrat de société ou dans un bail serait implicitement révoquée, et disparaîtrait faute d'objet, par la dissolution de la société ou par l'expiration du bail. Bien entendu d'ailleurs, les difficultés survenant après l'exécution du contrat, mais qui s'y rattacheraient par quelque côté, pourraient être soumises au régime de l'arbitrage préparé dans la clause compromissoire. Il y aurait là une question d'interprétation de la volonté des parties.

A ces causes d'extinction, il faut ajouter le décès d'une des parties contractantes qui amène l'extinction de la clause compromissoire relativement à ses héritiers mineurs ainsi que nous l'avons vu dans le chapitre précédent.

CONCLUSION

A notre époque, la clause compromissoire est susceptible de rendre plus que jamais d'importants avantages, car elle tend à tarir la source des procès. Elle a pour effet d'amener, avec l'arbitrage, la solution rapide des litiges. Or, cette rapidité est devenue une nécessité à l'heure présente.

Il est donc regrettable que la jurisprudence s'obstine à méconnaître la validité de la promesse de compromettre. Sans doute, en ne frappant cette convention que d'une nullité relative, les tribunaux permettent aux parties de bonne foi d'exécuter leur engagement. Mais ils laissent sans défense l'individu de bonne foi contre un adversaire qui veut méconnaître un engagement pris ou revenir sur la parole donnée. Loin de tarir les procès, cette jurisprudence tend donc à les multiplier.

Nous avons essayé de réfuter la thèse de la jurisprudence et montré la fragilité des arguments sur lesquels elle s'appuie. Notamment nous avons établi que l'article 1006 C. p. c. ne contient en aucune manière la prohibition que les tribunaux affirment y rencontrer. Nous avons

principalement fondé la légitimité de cette clause sur le principe de la liberté des conventions, affirmé dans l'article 1134 du Code civil. La clause compromissaire est une convention légalement formée ; elle tient donc lieu de loi à ceux qui l'ont faite.

Observons en terminant que la clause compromissaire répond à de si grands besoins de la pratique que sa validité a été admise dans le projet de loi sur le contrat d'assurance déposé à la Chambre des députés le 12 juillet 1904. Aux termes de ce projet, la clause en question pourra être valablement insérée dans les contrats d'assurances terrestres. L'art. 17 décide en effet que le contrat d'assurance, en général, « indique... la soumission des parties à des arbitres, en cas de contestation, si elle a été convenue. »

Une proposition de loi déposée par M. Flandin à la Chambre des députés admet, en principe, la validité de la clause. Le 22 juin 1904, la Chambre de commerce de Paris a émis un vœu favorable à l'adoption de cette proposition.

En dehors des jurisconsultes, l'opinion semble elle-même protester contre la jurisprudence. On peut lire à ce sujet un article du *Journal des Débats* (n° du 27 janvier 1904), intitulé : A PROPOS DES TRAITÉS D'ARBITRAGE. L'auteur souligne la bizarrerie de cette situation qui consiste à ne pas admettre en France entre particuliers une clause qui forme l'objet même des traités d'arbitrage entre les états ; et il réclame une modification de la jurisprudence à cet égard. Nous nous associons à ces desiderata. Placées en face d'un même texte, l'art. 1006, les jurisprudences belge et française ont abouti à des solutions différentes. Nous souhaitons que nos tribunaux imitent l'exemple, rationnel-

lement et pratiquement heureux, des tribunaux belges, en attendant que le législateur, en procédant à la refonte, depuis longtemps entreprise, du Code de procédure civile, consacre par un texte la validité d'une telle convention dont, ce semble, on n'a pu douter que par une interprétation inexacte, parce que trop stricte et trop scrupuleuse, de la loi actuelle.

Vu : *Le Président de la Thèse,*

A. TISSIER.

Vu : *Le Doyen,*

P. CAUVÈS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

LIARD.

TULLE — IMPRIMERIE CRAUFFON
